



RESIDENCIA DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS Y PRESTACIONES FAMILIARES DE SEGURIDAD SOCIAL

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO Palabras Clave: Extranjería, Seguridad Social, Prestaciones familiares

Este trabajo se ocupa de analizar la incidencia de los requisitos de residencia o convivencia de los extranjeros extracomunitarios para acceder a las prestaciones familiares de seguridad social (incluyendo muerte y supervivencia y maternidad o paternidad), con objeto de establecer una aproximación inicial a la protección social de las familias inmigrantes en España. Para ello, en primer lugar, se analizan los problemas jurídicos generales que plantea el requisito de residencia para el acceso de los extranjeros al sistema de seguridad social, poniendo el acento sobre las prestaciones familiares; posteriormente, el trabajo se ocupa de los problemas específicos que se suscitan en estas prestaciones orientadas directamente a la protección de la familia. Estos problemas específicos se refieren tanto a la determinación del sujeto o los sujetos a los que se exige la residencia (causante, beneficiario o incluso progenitores que no solicitan la prestación), como a los eventuales requisitos implícitos o explícitos de convivencia, que afectan a las unidades domésticas transnacionales, cuyos miembros se distribuyen en el territorio de diversos Estados-nación.

La metodología seguida por este trabajo está orientada por un programa general de investigación que se preocupa por la eficacia material de las normas laborales. A tal efecto, se enfatizan dos aspectos: de un lado, el análisis funcional del Derecho, esto es, la identificación de las diversas finalidades que determinan las normas jurídicas, los posibles conflictos entre finalidades diversas y el ajuste técnico de los medios utilizados para garantizar estas finalidades; de otro lado, un análisis jurisprudencial que procura no disociar las resoluciones judiciales más significativas del contexto en el que se dictaron, para conocer los detalles de la aplicación concreta del Derecho y tener una aproximación de su eficacia real.

ABSTRACT Key Words: Non-EU Foreigners, Social Security, Family benefits

The present study analyses the type of residence or coexistence requisites of the non-community foreigners to access social security unemployment benefits (including death, survival and maternity or parental leave) to establish a first step on protection of immigrants in Spain. To achieve that, and at first, judicial regulation problems are analysed derived from the foreigners' residence requisites to access the social security system, highlighting family benefits access. Also the study focuses on specific problems encountered as regards family care benefits; those problems affect both subject determination and subjects who must have the residence (causing, beneficiary, or even parents who do not request benefits) as well as those implicit or explicit coexistence unusual requisites that affect transnational domestic unities where members are in different Nation-state territories.

The methodology followed by this study is oriented towards a general research programme that contemplates labour law efficiency. Therefore, two aspects are highlighted: in one hand, functional Rights analysis to identify different objectives that determine judicial legislative conflicts while targeting same ends, and technical adjustments to guarantee such ends; and on the other hand, a case law analysis aiming to not split the most relevant judicial resolutions within their context, and to provide details about the concrete Rights application and disclose its real efficiency.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. PROBLEMAS GENERALES: RESIDENCIA DE LOS EXTRANJEROS Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.1. Requisito de residencia y prestaciones contributivas
 - 2.2. Requisito de residencia y prestaciones no contributivas
3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL REQUISITO DE RESIDENCIA EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES
 - 3.1. Problemas específicos en la consideración de la residencia del beneficiario
 - 3.2. Convivencia doméstica y residencia
4. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO

Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación más amplio¹, en el que me ocupo particularmente del análisis de la protección social de las familias migrantes. En términos hipotéticos, esta protección podría dispensarse a través de dos estrategias distintas, aunque no necesariamente incompatibles entre sí: de un lado, la atención específica a las necesidades particulares de las familias migrantes, de otro lado, el acceso normalizado de los extranjeros a las prestaciones sociales que el Estado del bienestar proporciona a los ciudadanos españoles (como individuos o en tanto que miembros de una unidad familiar)². Una parte muy importante de las prestaciones sociales que los poderes públicos ponen a disposición de los ciudada-

¹ Proyecto de investigación de excelencia P06-SEJ-2342 de la Junta de Andalucía, «Derecho de familia e integración de los inmigrantes», FIPROS/2006/93.

² MORENO FUENTES, F.J., ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A., MORENO FERNÁNDEZ, L., «Inmigración, diversidad y protección social en España», *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 4, 2006, 65-69, aplican también al ámbito de la protección social la clásica dicotomía entre los modelos de integración que toman como referencia la «homogeneidad» y los que tienden al «multiculturalismo». En cualquier caso, debe tomarse en consideración que, en líneas generales, los modelos de protección social tendentes a la homogeneidad pueden resultar ineficaces cuando asumen como punto de partida y de llegada una uniformidad ilusoria; asimismo, aquellos con un mayor énfasis en el «multiculturalismo» (que debe distinguirse conceptualmente de la «interculturalidad») pueden incurrir en los excesos del «esencialismo cultural» y contribuir a la reproducción de las barreras entre los grupos humanos, dificultando el objetivo final de la integración social. En mi opinión, a grandes rasgos, debe tomarse como referencia o aspiración el ideal de la homogeneidad en lo que refiere al disfrute de los derechos básicos de la ciudadanía, como la seguridad social, mientras que las políticas sociales más concretas de integración (como por ejemplo, los servicios sociales) deben tener en cuenta la diversidad cultural y étnica, aunque evitando una compartimentación y simplificación excesiva de esta diversidad.

nos se articula en torno al sistema de seguridad social, institución garantizada por el art. 41 CE; como es sabido este precepto establece la obligación de mantener un sistema público de cobertura de los riesgos sociales que afronte de manera «suficiente» las «situaciones de necesidad» de «todos los ciudadanos».

En este punto, ha operado, a mi juicio, una mutación constitucional. Probablemente el artículo 41 CE se vinculaba originariamente a la «ciudadanía» en términos políticos (es decir, a la nacionalidad); ello era así porque el constituyente no podía prever en aquel momento el enorme impacto que iba a tener la inmigración en la sociedad española. La redacción del art. 13 CE partía inicialmente de un prototipo de «extranjero» como individuo ajeno o externo al sistema social, económico y político, que sólo de manera marginal o coyuntural se instalaba en el territorio del Estado, en cuyo caso era preciso conocer el alcance del disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la actualidad, dado que la población de extranjeros residentes alcanza varios millones de personas, una exclusión radical de los extranjeros extracomunitarios del sistema de seguridad social sería incompatible con la definición de España como un Estado Social (art. 1.1 CE) e incongruente con el mandato que la Constitución hace a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE); por otra parte, esta exclusión radical resultaría también contraria al valor fundamental de la dignidad humana (art. 10.1 CE), dado que el derecho de toda persona a la Seguridad Social se reconoce expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 9). En este nuevo contexto, en el que un gran número de extranjeros se ha incorporado efectivamente a nuestra sociedad, los principios rectores de la política social y económica deben reinterpretarse en función de las nuevas necesidades de cohesión social; así pues, el art. 41 CE debe entenderse hoy referido a una noción «social» de ciudadanía que va más allá del clásico concepto de «nacionalidad», vinculándose a un verdadero derecho a la integración social de los «inmigrantes», de base constitucional³.

Ahora bien, lo anterior no impide el establecimiento de determinados requisitos a los extranjeros para poder acceder a las prestaciones del sistema. De hecho, ante el patente declive del criterio de la nacionali-

³ En este sentido, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, págs. 250-260.

dad⁴, la residencia legal se ha conformado como el requisito básico para determinar el acceso de los extranjeros a la «ciudadanía social», puesto que, a grandes rasgos, implica que la presencia efectiva del extranjero en la sociedad no tiene un carácter coyuntural —al contrario de lo que supuestamente sucede con la mera «estancia» legal— y se ajusta a los parámetros requeridos por el ordenamiento jurídico (frente a la situación de estancia irregular). No obstante, este requisito de residencia legal no deja de plantear algunas disfunciones para la finalidad integradora del sistema, dado que en nuestro país existe un elevado número de extranjeros en situación irregular. Ello ha supuesto, como se verá más adelante una relativa expansión de la acción protectora a estos trabajadores.

Este trabajo se centra en la protección proporcionada por las «prestaciones familiares», es decir, aquellas que se destinan específicamente a la protección de situaciones de necesidad surgidas en el seno de las familias y que se relacionan con el aumento de las cargas económicas o con la disminución de los ingresos del núcleo familiar⁵. Esta noción abarca, por tanto, no sólo las prestaciones denominadas «familiares» por la Ley General de la Seguridad Social (las incluidas en el capítulo IX del título II de esta ley), sino también la maternidad y paternidad, así como las prestaciones de muerte y supervivencia. No me ocuparé, en cambio, de la protección brindada por la Ley de Dependencia, puesto que no se ha integrado formalmente en el sistema de Seguridad Social, aunque podía haberlo hecho⁶. En todo caso, para conocer la influencia del requisito de residencia sobre estas prestaciones es preciso examinar, en primer lugar, la relevancia general que tiene la exigencia de residencia legal en el sistema de seguridad social (centrando la atención sobre las prestaciones de carácter familiar); posteriormente se abordarán algunos problemas específicos que las exigencias de residencia legal o convivencia suponen en el marco de las prestaciones familiares.

⁴ Precisamente en relación con el acceso al sistema, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thompson Aranzadi, 2006, págs. 175 y ss, se ha referido a «la decadencia de un criterio clásico: la nacionalidad».

⁵ En este sentido, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., «Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2005, pág. 103 y 232-236. Esta opción metodológica no debe desconocer, no obstante, que existen importantes conexiones —a veces incluso explícitas en la norma— entre el resto de las prestaciones y la protección a la familia.

⁶ A este respecto, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia», *TL*, núm. 89, 2007.

2. PROBLEMAS GENERALES: RESIDENCIA DE LOS EXTRANJEROS Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Requisito de residencia y prestaciones contributivas

La regla general de exigencia de residencia legal para el acceso al sistema de seguridad social viene determinada, al menos *prima facie*, por los artículos 10.1 y 14.1 de la vigente Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEX). La aparente redundancia entre ambos preceptos se debe probablemente a que el primero de ellos, vinculado al condicionamiento del ejercicio de actividades lucrativas, hace referencia a las prestaciones contributivas y el segundo a las prestaciones no contributivas y a la asistencia social⁷.

En lo que refiere a las prestaciones contributivas, el art. 7.1 LGSS establece expresamente la condición de residencia para la incorporación de los extranjeros al sistema de seguridad social a estos efectos. En cambio, el citado art. 10.1 LOEX no se refiere de manera tan clara a la condición de residencia legal sino a la exigencia de que los extranjeros extracomunitarios «[...] reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que las desarrollen». Dada la conexión que la propia redacción del precepto establece con el trabajo por cuenta propia o ajena, es razonable suponer que esta mención se refiere, en principio, tanto a la exigencia de residencia legal como al requisito de que el extranjero esté autorizado para trabajar. Ahora bien, estos preceptos deben conectarse con el art. 36.3 LOEX, que, en su párrafo segundo establece que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a las que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador

⁷ Así lo indica gran parte de la doctrina; por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo II*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, Tomo I, pág. 81; CABEZA PEREIRO, J., «La protección de la seguridad social de las personas extranjeras», *AL*, núm. 3/2008, págs. 295; ROQUETA BUI, R., «Las condiciones de trabajo y seguridad social de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 10, 2005. No obstante, otra parte de la doctrina considera que el art. 10.1 se refiere al ámbito material de las prestaciones y el art. 14.1 al ámbito subjetivo; en este sentido, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.*, pág. 269. Añaden una tercera opción interpretativa, señalando asimismo las dos anteriores, BARRIOS BAUDOR, G., y CHARRO BAENA, P., en «El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas», en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros.*, *op. cit.*, tomo II, págs. 1232-1233.

extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

Desde una perspectiva estrechamente vinculada a la literalidad de la norma, la interacción de estos preceptos podría ser interpretada del siguiente modo: la referencia a la obtención de las prestaciones «que pudieran corresponderle» se trataría de una remisión a la legislación general de seguridad social; así pues, la condición de residencia seguiría siendo un requisito esencial para el acceso a las prestaciones contributivas del sistema de seguridad social (art. 7.1 LGSS), pero se debilitaría la exigencia de la «autorización para trabajar». Por consiguiente, el art. 36.3 LOEX sólo tendría virtualidad en materia de seguridad social para los trabajadores que residieran legalmente en España pero que, aún así, carecieran de autorización para trabajar⁸.

Esta interpretación ha sido recientemente acogida —aunque no hasta sus últimas consecuencias—, por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo⁹. A mi juicio resulta excesivamente formalista, desviándose de la finalidad de la norma y de una adecuada consideración de la realidad social a la que debe ser aplicada. En efecto, aunque es posible que haya personas autorizadas para residir pero no para trabajar en España (básicamente familiares beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar y personas que han acreditado que cuentan con medios de vida suficientes sin necesidad de realizar una actividad profesional), este supuesto es poco habitual, debido a la íntima conexión que existe entre los dos tipos de autorizaciones y a las facilidades que el ordenamiento concede a los residentes —especialmente a los familiares reagrupados— para la obtención de una autorización de trabajo independiente (art. 96 del RD 2392/2004 que desarrolla la LOEX). En términos generales, es evidente que la existencia de un amplio sector de economía irregular donde prestan sus servicios extranjeros no autorizados para trabajar es precisamente la principal causa de la presencia en España de extranjeros sin permiso de residencia.

El art. 36.3 LOEX debe entenderse como un mecanismo de disociación entre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por un lado, y la política de regulación de los flujos migratorios, por otro. Ciertamente, ambos bloques normativos están íntimamente relacionados por su vínculo co-

⁸ Insiste en la ausencia de excepciones a la condición de residencia, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *op. cit.*, págs. 228-233; de manera coherente con esta interpretación, este autor niega incluso que el sistema cubra los riesgos profesionales de los extranjeros no residentes (págs. 234-242), cobertura que la mayoría de la doctrina reconoce, aunque ciertamente, siguiendo una cierta inercia interpretativa que tiene una escasa base legal, dado que el art. 36.3 LOEX no hace distinción respecto de la causa de la contingencia.

⁹ STS (Social), de 18-3-2008 (Ar. JUR 2008|160062), Fundamento núm. 5.

mún con las características del mercado de trabajo; no obstante, si se concede excesiva relevancia a esta finalidad de control en la formulación de las normas laborales y de seguridad social, puede difuminarse la finalidad integradora de este sector del ordenamiento, produciéndose entonces notables disfunciones sociales, al quedar fuera del espacio protector precisamente las personas que más necesitan de la protección. En efecto, por motivos diversos, los Estados modernos establecen limitaciones para la entrada y presencia de extranjeros en su territorio, pudiendo incluso expulsar a quienes residan en él de manera irregular [Cfr. 53 a) LOEX en relación con el 57.1 LOEX]¹⁰. Ahora bien, si estas normas de control de flujos se proyectan también sobre los derechos sociales de manera significativa, puede producirse una importante fisura en la cohesión social producida por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

De hecho, en nuestro país existe un elevado número de extranjeros que prestan sus servicios en situación irregular, debido fundamentalmente a factores estructurales del modelo económico y del mercado de trabajo españoles; la disponibilidad casi ilimitada de trabajadores extranjeros poco cualificados ha permitido mantener, reproducir y posiblemente multiplicar la relevancia del ya de por sí importante sector informal de la economía, que a su vez ha impulsado en parte el propio crecimiento de la economía formal¹¹. En la medida en que se niegue a estos trabajadores «irregulares» la protección del derecho social, su situación será más precaria; no cabe duda de que estas condiciones de precariedad pueden hacer aún más ventajosa la explotación laboral de estas personas, incentivando el uso no autorizado de la fuerza de trabajo extranjera y retroalimentando, por tanto, los procesos económicos que producen en gran medida esta situación. Este argumento resulta especialmente incisivo en lo que refiere a las normas laborales, pero puede aplicarse también hasta cierto punto al nivel contributivo de la seguridad social, debido a su íntima conexión con el trabajo por cuenta ajena y, por tanto, con la utilización que algunos empresarios hacen de la mano de obra irregular en condiciones de ilegalidad para reducir los costes laborales¹²;

¹⁰ Si bien en este punto, las expulsiones deben someterse a los requisitos de proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frecuentemente ignorados por la práctica administrativa.

¹¹ Sobre las conexiones entre economía informal y migraciones en España, Vid. MORENO FUENTES, F.J., «The regularisation of undocumented migrants as a mechanism for the “emerging” of the Spanish underground economy», *Working Paper 05-06*, Unidad de Políticas Comparadas, CSIC: <<http://www.iesam.csic.es/doctrab2/dt-0506.pdf>>

¹² «La equiparación legal de los trabajadores extranjeros con los españoles a efectos de la inclusión en el sistema de Seguridad Social, no sólo satisface una legítima aspiración de todo trabajador, sino que redunda también en provecho de los propios españoles, ya que la

en este sentido, el art. 8.3 de la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT sobre trabajadores migrantes aconseja aplicar a los trabajadores irregulares el principio de igualdad de trato en los derechos derivados del empleo, también en lo que refiere a la seguridad social. Siguiendo esta tendencia, la LO 14/2003 que modificó la LOEX incorporó al texto del articulado referencias expresas a la seguridad social —tanto a las responsabilidades del empresario como al derecho de obtener prestaciones— con objeto de afrontar toda esta problemática. Así pues, la responsabilidad última del empresario en el pago de estas prestaciones actúa como un desincentivo adicional a las sanciones para el uso del trabajo irregular (como sucede cuando se utilizan trabajadores españoles o extranjeros residentes legales en la economía sumergida sin cotizar a la seguridad social). Al mismo tiempo, el reconocimiento de prestaciones contributivas a estos trabajadores produce una mayor integración social de colectivos sometidos a un elevado nivel de precariedad laboral y vital, lo que se traduce en una mayor cohesión social.

En este contexto, no parece que esta modificación se refiera simplemente al supuesto marginal del trabajador con estancia regular sin autorización para trabajar, sino más bien a esta problemática global de los trabajadores «irregulares», percibidos socialmente como una categoría relativamente homogénea a estos efectos, con independencia de si la irregularidad se refiere a la residencia y el trabajo o sólo a esto último. Aunque estos trabajadores son «infractores» desde la perspectiva de la regulación de flujos¹³, desde la óptica del derecho social son más bien víctimas potenciales de la explotación laboral¹⁴ que deben ser protegidas, pues de lo contrario el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dejaría de ser eficaz en la producción de cohesión social, al permitir la reproducción de una infra-clase de trabajadores en condiciones de precariedad extrema.

falta de inclusión de aquellos en dicho régimen suponía un ahorro en cargas sociales para los empresarios, lo que operaba en el mercado de trabajo en perjuicio de los trabajadores nacionales, al traducirse, de hecho, en una preferencia de la mano de obra extranjera, debido a su coste», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, pág. 80.

¹³ De hecho, se mantiene incluso una sanción al trabajador que trabaja sin estar autorizado para ello [53 b) LOEX], si tampoco cuenta con autorización de residencia, por más que sea el empresario la persona que debe pedir la autorización [36.3 LOEX], salvo en el supuesto de renovación; esta infracción resulta innecesaria, dado que la presencia irregular en el territorio nacional está ya tipificada [53 a) LOEX].

¹⁴ «La migración es, en su inmensa mayoría, un fenómeno con motivaciones económicas, en el que sus personajes tienen la condición de víctimas más que de infractores», CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.* pág. 294.

Por consiguiente, la referencia que hace el art. 10.1 LOEX a «los requisitos establecidos en esta Ley Orgánica» comprende en cierto modo el supuesto especial previsto en el art. 36.3 LOEX ampliando el derecho a la obtención de prestaciones más allá de la definición formal del ámbito de aplicación del sistema prevista en el art. 7.1 LGSS. Dicho esto, el problema consiste en determinar cuál es el alcance de esta extensión del campo de la seguridad social, o dicho en sentido inverso, en qué medida el requisito de autorización para trabajar —no estrictamente el de residencia— puede limitar el acceso a las prestaciones. No parece haber ninguna duda de que los trabajadores extranjeros que presten sus servicios sin estar autorizados para ello, aunque no sean residentes legales, pueden gozar de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales¹⁵, pero existen mayores problemas para reconocer su procedencia también en las contingencias comunes y recientemente se ha rechazado en materia de desempleo¹⁶.

Este problema general afecta también concretamente a algunas prestaciones familiares; así, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 5-7-2006 (Ar. JUR 2006\236012), deniega la prestación de viudedad en un supuesto en el que la muerte del causante que se encontraba en España en situación irregular no se había producido por contingencia profesional. Se trataba de un supuesto especialmente dramático, de muerte por suicidio en el lugar de trabajo (pero fuera de las horas de trabajo), en el que el causante había aducido como razones para el suicidio su propia situación de irregularidad, así como la relación con su esposa, con la que ya no convivía y que posteriormente reclamó la prestación. El Tribunal fundamenta su resolución en la aplicación del art. 7.1 LGSS y en la imposibilidad de aplicar el Convenio 19 OIT por no tratarse de un accidente de trabajo; sorprendentemente, no hace ninguna referencia al art. 36.3 LOEX.

¹⁵ Esta cuestión ha sido decidida por el TS en Unificación de Doctrina en sus sentencias de 9-6-2003 (Ar. RJ 2003\3936) y 7-10-2003 (Ar. RJ 2003\6497). La primera de estas sentencias se refiere a un supuesto en el que no era aplicable el Convenio 19 OIT, que se utiliza frecuentemente como argumento para extender la protección por contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular. En relación con la prestación por viudedad, *Vid.* STSJ Madrid 11-10-2004 (Ar. AS 2004\2915).

¹⁶ En lo que refiere al desempleo, existen pronunciamientos contradictorios entre distintos TSJ, sin que hasta la fecha momento se haya pronunciado al respecto el TS en unificación de doctrina. Así, por ejemplo, a favor del derecho a prestación por desempleo SSTSJ Castilla-León, Burgos de 14-3-2005 (AS 2006\1468), 1-3-2006 (Ar. AS 2006\570), 9-3-2006 (Ar. JUR 2006\110356) y otras; SSTSJ Castilla-León, Valladolid de 17-11-2005 (Ar. AS 2005\3384), 21-11-2005 (Ar. AS 3387) y otras; STSJ País Vasco de 13-2-2007 (Ar. AS 2007\900). En contra del derecho a percibir la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular, STSJ Madrid de 16-1-2007 (Ar. JUR 2007\159275) y Murcia de 13-2-2007 (Ar. JUR 2007\86601).

En realidad, este art. 36.3 LOEX, que es el fundamento jurídico básico de esta extensión de la cobertura de la seguridad social, no hace ninguna distinción entre contingencias comunes o profesionales, por lo que, en principio, no hay ninguna razón para excluir las contingencias comunes del ámbito de incidencia de este precepto. Es cierto que en el ordenamiento vigente, la ausencia de autorización para trabajar impide al empresario realizar los actos de encuadramiento (como se desprende del confuso art. 42.1 del Reglamento de Inscripción Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores), lo que podría suponer algunas dificultades importantes en el acceso a las prestaciones; ciertamente, el alta presunta y por tanto la automaticidad absoluta en el pago de las prestaciones sólo se prevé para los supuestos de contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria por maternidad o contingencias comunes (art. 125.3 LGSS). En lo que refiere a las prestaciones familiares derivadas de contingencias comunes (como la maternidad o la muerte y supervivencia por enfermedad común), una vez superado el problema interpretativo de si los trabajadores no residentes tienen acceso a las prestaciones del sistema, la situación es análoga a la del trabajador español que sufre una de estas contingencias y que trabaja en la economía sumergida, sin que el empresario haya procedido a realizar la afiliación o el alta ¹⁷.

En estos casos, sería el empresario quien respondería del pago de la prestación, en virtud del art. 126.2 LGSS; dado que no se ha producido el desarrollo reglamentario que el precepto prevé, la jurisprudencia aplica, como es sabido, los arts. 94, 95 y 96 de la antigua Ley de Seguridad Social de 1966, atribuyéndoles rango reglamentario, en virtud de la disposición transitoria 2.ª del Decreto 1645/1972, de 23 de junio. Así pues, cuando no opere la automaticidad de las prestaciones ¹⁸, el trabajador deberá dirigirse al empresario, que será responsable directo del pago [Vid. arts 94.2 a) y 95.3.ª de la Ley de 1966], o bien, como ocurre en las prestaciones de superviven-

¹⁷ En este sentido, CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, pp 454-456 y 538-539; CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, págs. 299 y ss. Así, pues, en líneas generales, los extranjeros en situación irregular tendrán derecho a las prestaciones por contingencias comunes, aunque a cargo del empresario (lo que podría dificultar su percepción efectiva).

¹⁸ La automaticidad absoluta de las prestaciones, es decir, el pago directo por parte de la entidad gestora aunque no hubiera alta, se aplicaría a los supuestos ya referidos del 125.3 LGSS (contingencia profesional, desempleo en caso de que se aplique a los extranjeros en situación irregular y asistencia sanitaria por maternidad o contingencias comunes), así como a la invalidez permanente derivada de accidente no laboral (art. 94.5 de la Ley de 1966); cuando existiera alta podría operar la automaticidad relativa en los supuestos previstos en el art. 95.5.ª, que incluyen la contingencia de la supervivencia.

cia, el empresario habrá de constituir en la entidad gestora el capital necesario para el pago de las prestaciones (art. 95.4.^a de la Ley de 1966). A estos efectos, el empresario no podrá eximirse de responsabilidad aduciendo que la realización de los actos de encuadramiento resultaba imposible por prohibirlo el ordenamiento (*ad impossibilita nemo tenetur*), dado que esta imposibilidad deriva precisamente de una infracción del empresario, al emplear trabajadores extranjeros sin contar con la preceptiva autorización.

2.2. Requisito de residencia y prestaciones no contributivas

De manera más clara, la residencia legal se convierte a partir de la LOEX en el requisito básico para el acceso a las prestaciones no contributivas del sistema de seguridad social¹⁹. De esta manera, el art. 14.1 LOEX deroga tácitamente el art. 7.5 LGSS (centrado en la nacionalidad como elemento básico), que queda completamente desplazado. En cualquier caso, este art. 7.5 LGSS era ya inaplicable porque resultaba discriminatorio por razón de raza al determinar de los orígenes nacionales que excluían la aplicación del criterio de reciprocidad o de la necesidad de aplicación de un tratado específico. Este carácter discriminatorio no suele ser advertido por la doctrina ni por los operadores jurídicos en la interpretación de ésta y otras normas similares que subsisten en nuestro ordenamiento y que se aplican de manera cotidiana; resulta por tanto, oportuno detenerse en este punto, a pesar de que sea casi unánime la opinión de que el precepto está tácitamente derogado.

Ciertamente, en sentido técnico, la «nacionalidad» no es una categoría social sino una circunstancia jurídica —la relación jurídica que une a una persona con un Estado—, que permite con carácter general establecer diferencias de trato (así lo señala, por ejemplo, el art. 3.2 de la Directiva 200/43/CE sobre igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico), cuando no se vulneren las libertades comunitarias derivadas de la unidad de mercado de la UE. Así pues, será posible hacer distinciones entre españoles y extranjeros, incluso en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 13 CE), así como distinciones entre distintos grupos de extranjeros, cuando éstas se funden exclusivamente en el requisito de la nacio-

¹⁹ «La residencia constituye, así pues, presupuesto básico sobre el que se asienta el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas», MERCADER UGUINA, J., «La protección social de los trabajadores extranjeros», en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo II*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1178.

nalidad como circunstancia objetiva de carácter jurídico; así, por ejemplo, la firma de un tratado entre España y otro Estado puede implicar un estatus jurídico diferenciado en España para los ciudadanos del Estado firmante.

Ahora bien, las diferencias de trato por razón de nacionalidad no pueden amparar las discriminaciones directas o indirectas por razón del «origen nacional», categoría racial expresamente mencionada en varios tratados internacionales de derechos humanos²⁰; el segundo inciso del art. 14 CE, esto es, la prohibición de discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social debe considerarse como un derecho inherente a la dignidad humana que en ningún caso la legislación ordinaria puede negar a los extranjeros sin vulnerar la Constitución²¹. No está del todo claro si las categorías nacionales utilizadas en el art. 7.5 LGSS se refieren a nacionalidades o a orígenes nacionales; por ejemplo, la referencia a los «latinoamericanos» es confusa, porque no se indica si se refiere a los nacionales de países «latinoamericanos» o a los que tuvieran esta procedencia étnica, aunque fueran nacionales de otros países; asimismo, en otras normas similares como el art. 47 LOEX o el art. 22.1 del Código Civil se menciona, por ejemplo, a los «sefardíes», utilizando un criterio claramente vinculado a un grupo étnico. En cualquier caso, la nacionalidad como categoría jurídica es una circunstancia aparentemente neutra que genera un claro impacto desfavorable sobre diversos orígenes nacionales, de manera que, en caso de que se utilizara la nacionalidad como circunstancia jurídica y no el origen nacional como categoría social, la diferencia de trato debe justificarse con arreglo al esquema previsto para la discriminación indirecta²².

²⁰ Véase la definición de «discriminación racial» en el art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; *Vid.*, asimismo, art. 2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²¹ STC 137/2000: «[...] a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros —especialmente en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, 115/1987, de 7 de julio, y 94/1993, de 22 de marzo— se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 107/1984, FJ 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²² En otros casos, la nacionalidad puede operar, no como categoría jurídica, sino como «rasgo distintivo» de la categoría social que fundamenta la discriminación racial, como lo es

En este sentido, la alegación de los eventuales «vínculos históricos y culturales» que unen a España con estos países no constituye una justificación válida (con independencia de que estos vínculos puedan o no ser generalizaciones válidas a efectos globales), por cuanto se refiere directamente a parámetros étnicos, es decir, raciales²³ y no a circunstancias directamente relacionadas con la nacionalidad como vínculo jurídico y ajenas por tanto a la aplicación de los estereotipos étnicos. En la actualidad, el uso directo de la palabra «raza» ha sido desplazado por las exigencias de corrección política, prefiriéndose otros envoltorios para el mismo proceso de generalización, pero en su momento, las justificaciones de esta diferencia de trato en el sistema de seguridad social se remitían claramente a las «estirpes de la raza ibérica»²⁴. Curiosamente, en este caso, el legislador no repara en mencionar las antiguas colonias africanas; si la referencia se entiende hecha a Estados-nación actualmente operativos, este «olvido» podría tener sentido en lo que refiere al Sáhara occidental —cuyo estatus es incierto— o al antiguo Protectorado de Marruecos (integrado en el Reino de Marruecos), pero esto no explica la ausencia de Guinea Ecuatorial. En cualquier caso, carece de sentido a estos efectos preguntarse por la corrección del listado de países con especiales «vínculos históricos» con España. Este tipo de generalizaciones o de interpretaciones pueden tener un cierto valor heurístico en otros campos, pero no pueden proyectarse sobre los individuos para proporcionarles un trato sistemáticamente desfavorable, puesto que en ello consiste precisamente la conducta discriminatoria²⁵.

el sexo del género o determinados rasgos visibles del fenotipo en algunas clasificaciones raciales; así, por ejemplo, la identificación de un extranjero para un acoso moral discriminatorio podría recurrir a la categoría jurídica de la nacionalidad como criterio para constituir la clasificación racial. Es por esto, en mi opinión, que el art. 22 LOEX prohíbe la discriminación por razón de «nacionalidad».

²³ En otros trabajos nos hemos ocupado de la esterilidad de la falsa distinción entre lo «étnico» y lo «racial» en tanto que las llamadas «razas» no son más que categorías étnicas. Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo», en AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, MTAS, 2005, *per totum*.

²⁴ «Es evidente que el pueblo español siente vinculación de sangre y de ideas esenciales con las demás estirpes de raza ibérica y, por tanto, el legislador ha tenido singular acierto al equipararlos con los nacionales [...]», SERRANO GUIRADO, E., *El seguro de enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, págs. 67-68.

²⁵ Vid. ÁLVAREZ ALONSO, D., ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», *REDT*, núm. 132, 2006, *per totum*.

En todo caso, la inconstitucionalidad de esta parte del art. 7.5 LGSS sólo abunda en la conclusión que ya se alcanzaba en base al art. 14.1 LOEX: en lo que refiere al acceso a las prestaciones no contributivas, el criterio de nacionalidad ha sido totalmente sustituido por el de residencia legal. Si en las prestaciones contributivas el punto de conexión para el acceso al sistema nacional es a grandes rasgos el del lugar de realización del trabajo, en las prestaciones no contributivas es lógico que se exija algún vínculo distinto con el territorio del Estado (de lo contrario, cualquier habitante del planeta podría ser acreedor de estas prestaciones). En este sentido, se excluye la situación de mera estancia legal, porque se presume coyuntural y por tanto ajena a la nueva noción de «ciudadanía social», aunque de hecho puede resultar muy prolongada en el caso de los estudiantes. También se ha optado por excluir la situación de residencia irregular (que podría acreditarse a través de los certificados de empadronamiento), por una parte, para limitar el acceso a determinados derechos de la «ciudadanía social» a las personas cuya presencia en el territorio nacional no se ajusta a los patrones previstos por el ordenamiento, por otra parte, para evitar los posibles desequilibrios presupuestarios derivados de la extensión o los eventuales incentivos que el reconocimiento de estas prestaciones pudiera suponer para la inmigración irregular²⁶.

Ciertamente, aunque esta exclusión de los residentes en situación irregular resulta lógica desde una perspectiva abstracta (salvo quizás en el caso del desempleo no contributivo, cuya naturaleza «asistencial» es muy discutible), puede resultar contradictoria con la realidad anteriormente mencionada de la inmigración ilegal masiva conectada a determinadas características de nuestro modelo productivo y estructura económica, pudiendo producirse, una vez más, ciertas disfunciones sociales. En este caso, tales disfunciones pueden asumirse en la medida en que el resto de los mecanismos de integración social disponibles para los extranjeros en situación irregular (trabajo asalariado, prestaciones contributivas, posibilidad de regularización de

²⁶ Señala estos dos últimos motivos, MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, págs. 1172-1173. Respecto al incentivo que pudieran suponer las prestaciones no contributivas para la emigración a España, debe tenerse en cuenta que «[...] en la evidencia empírica disponible acerca de las motivaciones que impulsan a los inmigrantes económicos a abandonar su país, este tema aparece raramente mencionado por los inmigrantes al dar cuenta de su proceso de toma de decisión conducente a la migración» (MORENO FUENTES, F.J., ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A., MORENO FERNÁNDEZ, L., *op. cit.* pág. 73). En efecto, la mayoría de los migrantes aspiran a un mayor bienestar económico de ellos y sus familias a través del trabajo por cuenta ajena, que puede proporcionar ingresos más significativos que los que derivan de una prestación no contributiva; en cualquier caso, no es descabellado que este esquema de incentivos pudiera variar si la regulación española fuera extremadamente «generosa».

trabajadores, asistencia social en su caso) se desarrollen de manera adecuada. A estos efectos, resulta criticable la relativa ambigüedad del art. 36.3 LOEX —respecto del acceso a las prestaciones contributivas— y la clara indefinición del art. 14.3 LOEX en lo que refiere a las prestaciones «básicas»²⁷, que dificultan la clarificación del estatuto de derechos sociales mínimos del inmigrante irregular. A mi juicio, estas ambigüedades no son casuales, sino que derivan de la propia dificultad que ha encontrado el legislador para conciliar dos finalidades que en este punto aparecen como relativamente contradictorias: la integración y la regulación de flujos migratorios; naturalmente, hubiera sido deseable, en aras del principio de seguridad jurídica, que se hubiera encontrado un punto de equilibrio más concreto y preciso.

Además del requisito de que los extranjeros residan legalmente en España en el momento de solicitar la prestación no contributiva, en algunos casos se exigen requisitos adicionales vinculados a esta condición de residencia: así, puede requerirse que esta residencia se haya prolongado previamente durante un determinado lapso de tiempo, o bien que se mantenga una vez concedida la prestación para seguir percibiendo sucesivas mensualidades. Evidentemente, estos requisitos producen un impacto desfavorable sobre las personas de origen extranjero²⁸; no obstante, ello no implica que necesariamente constituyan actos indirectamente discriminatorios, dado que tales distinciones pueden fundarse en alguna circunstancia objetiva, razonable y proporcionada respecto de este impacto, ajena a parámetros étnicos.

En lo que refiere a las prestaciones familiares, el requisito de residencia continuada previa a la solicitud se plantea únicamente en la prestación de pago único por nacimiento o adopción introducida por la Ley 35/2007

²⁷ A mi juicio, las «prestaciones sociales básicas» abarcan, además de la asistencia sanitaria (ya reconocida en el art. 12), las prestaciones de asistencia social necesarias para garantizar unos mínimos de supervivencia e integridad física y moral y dignidad personal; esta definición abstracta, no obstante, no impide que exista una notable dificultad para la determinación de las prestaciones «básicas» en supuestos concretos. Así, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Andalucía establece el derecho a una renta, denominada expresamente como «básica», que garantice unas condiciones de vida digna (art. 23.2); posiblemente, en este caso, la remisión que el Estatuto de Autonomía hace al desarrollo legal no es suficiente como para permitir la exclusión de los extranjeros irregulares inscritos en el padrón de algún municipio andaluz (el art. 12 se refiere a la vecindad administrativa); no obstante, al tratarse esta renta de una cantidad periódica y no de la atención a problemas puntuales, pueden existir dificultades para que en su regulación futura se reconozca a los extranjeros irregulares, como parece exigir la norma estatutaria.

²⁸ *Vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L., y CHARRO BAENA, P., *op. cit.*, pág. 1239; MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 1178; GALA DURÁN, C., «Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: análisis de una nueva realidad», en AAVV, *Derechos y libertades... op. cit.*, pág. 1316.

que opera subsidiariamente respecto de la deducción fiscal prevista en la misma norma por la misma cantidad de 2500 €. En concreto, el artículo 2.2 de esta Ley 35/2007 exige una residencia legal, continuada y efectiva de al menos dos años antes del nacimiento o adopción, requisito que, de hecho, se aplica también a los nacionales españoles²⁹. Aunque el extranjero fuera residente en el momento de solicitar la prestación, parece claro que no podrán sumarse los períodos de estancia —por ejemplo, por estudios— a los de residencia a efectos de alcanzar esta cifra; por otra parte, la norma señala la necesidad de que esta residencia sea «efectiva» (es decir, real y no sólo formal) y «continuada». Desde luego, la exigencia de continuidad de la residencia no puede interpretarse en sentido tan estricto que imponga al eventual beneficiario la carga de no salir de ningún modo del país, de manera que las situaciones asimilables a la «estancia» en otro país que tengan corta duración no deben impedir el acceso a la prestación; a estos efectos debe aplicarse analógicamente el art. 28.4 del RD 1335/2005, que considera que la residencia no queda interrumpida por las ausencias inferiores a 90 días en el marco de un año natural.

En cuanto a la justificación del impacto desfavorable derivado de la exigencia de residencia continuada, la exposición de motivos de la Ley 35/2007 se refiere expresamente a la finalidad de fomento de natalidad que tiene la medida³⁰; con ello se pretende reducir el efecto de «peso muerto» que supone la asignación de recursos a personas que no se encuentren en España con cierta vocación de permanencia (que se presume con esta continuidad de la residencia). A mi juicio, esta justificación es en este caso suficiente para determinar la constitucionalidad de la medida.

3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL REQUISITO DE RESIDENCIA EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Como se ha visto, los problemas jurídicos que plantea con carácter general el requisito de residencia legal para el acceso a las prestaciones de seguridad social se proyecta también sobre las prestaciones familiares. Ahora

²⁹ El Dictamen 9/07 del CES llama la atención sobre la situación de los nacionales españoles que hubieran residido en otro país en los dos últimos años por razones laborales o análogas.

³⁰ «Nuestro país se enfrenta a unas previsiones de importante envejecimiento de la población, que han motivado que se hayan tratado de mejorar las condiciones de las familias en las que se producen nuevos nacimientos o adopciones, buscando con ello hacer frente a largo plazo a esa tendencia poblacional. Dicha finalidad ha motivado que se exija a las personas beneficiarias de la nueva prestación una residencia efectiva en el territorio español durante al menos los dos años anteriores al nacimiento o la adopción».

bien, hay que tener en cuenta que en estas prestaciones se producen algunas particularidades que producen problemas específicos de interpretación. Estas especificidades se refieren fundamentalmente al hecho de que, en las prestaciones familiares, el causante no coincide con el beneficiario de la prestación y además, en algunos casos, los beneficiarios pueden ser dos personas distintas (los padres en las ayudas por hijo). Así pues, es posible que no todos los miembros de la familia reúnan la condición de residencia legal, o que no todos residan efectivamente en España. Ello es así fundamentalmente porque las posibilidades de reagrupación familiar no son ilimitadas y porque a veces esta reagrupación no entra dentro de las estrategias migratorias.

En lo que refiere a las restricciones para la reagrupación, en primer lugar, no son titulares del derecho los inmigrantes en situación irregular (art. 17.1 LOEX), tampoco los residentes legales que no lleven un año de residencia o no tengan autorización para residir al menos otro año (art. 18.2 LOEX); existen asimismo limitaciones para las «reagrupaciones en cadena» (arts. 17.2 y 17.3 LOEX); por otra parte, la reagrupación no afecta a las parejas de hecho, lo que sí permite el régimen comunitario, aunque con la importante limitación prevista en el art.1 b) del RD 240/2007; tampoco abarca a los hijos mayores de edad no incapacitados [art. 17.1 b) LOEX] y está muy limitada con respecto a los ascendientes [art. 17.1 d) LOEX]; además, debe acreditarse que se dispone de un alojamiento «adecuado» y de medios de subsistencia «suficientes» (art. 18.1 LOEX), conceptos que presentan una cierta indeterminación; por último, los trámites para la reagrupación no son automáticos y en muchos casos se dilatan bastante tiempo. En lo que respecta a las estrategias de los migrantes, como se verá, la formación de «familias transnacionales» no se debe exclusivamente a la adaptación a las restricciones de la política migratoria por parte de los Estados receptores.

La exposición de estos problemas se dividirá en dos partes. En primer lugar, es preciso examinar los problemas específicos que se plantean en algunas prestaciones familiares con respecto al eventual requisito de residencia legal del beneficiario. En segundo lugar, se examinarán conjuntamente los requisitos de convivencia (que afectan incluso a prestaciones no estrictamente familiares) y la residencia del causante en las prestaciones familiares no contributivas (en adelante «ayudas por hijos»).

3.1. Problemas específicos en la consideración de la residencia del beneficiario

En las prestaciones por muerte y supervivencia es en principio el causante quien debe estar integrado en el sistema y reunir los requisitos de in-

clusión en el sistema, alta y, en su caso, período de carencia. En los casos en los que éste no tuviera la condición de residente legal, habrán de aplicarse los criterios señalados en el epígrafe anterior. Cabe plantearse, no obstante, si también debe exigirse algún requisito de residencia legal al beneficiario.

A este respecto, la LGSS no establece de manera expresa ninguna condición de residencia; es el causante el que, en principio, debe estar integrado en el sistema. Ciertamente, se exige que el beneficiario tenga una relación de parentesco —o situación asimilada— con el causante; además, en algunos casos se requieren otros requisitos que fundamentalmente se orientan a constatar o a presumir la situación de relativa dependencia económica respecto del beneficiario, o simplemente, la carencia de medios propios de vida [así, por ejemplo, arts. 174.3, 175.1, 175.2 y 176 LGSS], pero la residencia no aparece entre estas circunstancias requeridas. El único requisito que podría guardar una relación con la residencia sería la mención de la «convivencia» en los art. 174.3 LGSS (consideración de las parejas de hecho a efectos de la pensión por viudedad) y el art. 176.2 LGSS (pensión a favor de familiares), de la que me ocuparé más adelante. Así pues, en términos generales no hay ningún obstáculo para que los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular puedan beneficiarse de estas prestaciones siempre que el causante pueda generar el derecho correspondiente³¹. De hecho, la prestación se devengará también cuando el beneficiario resida fuera del territorio nacional, dado que no existe ninguna previsión expresa al respecto y, además, ello se desprende de los arts. 9.1 y 17.2 a) del Convenio 157 OIT de 1982 (ratificado por España el 11-9-1985) sobre conservación de derechos en materia de seguridad social³².

En las prestaciones enunciadas en el capítulo IX LGSS bajo la rúbrica de «familiares» y en las de maternidad y paternidad se produce una situa-

³¹ En este sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *op. cit.*, pág. 233; CEINOS SUÁREZ, A. *op. cit.*, pág. 437. No obstante, llama la atención que, en el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14-11-2007 (Ar. AS 2008\415), el INSS había desestimado la reclamación previa por no ser el beneficiario residente legal en España; el Tribunal no entra a conocer este aspecto, dado que finalmente la prestación se había desestimado por no existir matrimonio válido (se trataba de una pareja de hecho homosexual inscrita en la que uno de sus integrantes había fallecido antes de poder casarse conforme a la nueva regulación del matrimonio).

³² En cualquier caso, en todos los convenios bilaterales de seguridad social firmados por España se incluyen cláusulas de exportabilidad de las prestaciones contributivas (lo que afecta también a otras prestaciones que en principio se extinguirían con el cambio de residencia pues la ley lo establece expresamente). Pueden consultarse estos convenios en la siguiente URL:

<http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/NormasInternacional29636/Conveniosbilaterales/index.htm>

ción en cierto modo opuesta a la planteada en las prestaciones por muerte y supervivencia, dado que en aquéllas el énfasis en los requisitos subjetivos para el acceso a las prestaciones recae *prima facie* sobre el beneficiario en lugar de sobre el causante.

Concretamente, en los beneficios establecidos por el art. 180 LGSS, denominados por la ley «prestaciones familiares en su modalidad contributiva», el beneficiario debe estar integrado en el sistema de seguridad social a través del trabajo asalariado, resultando irrelevante a estos efectos la condición del causante. En lo que refiere a la eventual carencia de autorización para trabajar, debe tomarse en consideración que resulta prácticamente imposible que un trabajador en situación irregular pueda beneficiarse efectivamente de excedencias o de reducciones de jornada para el cuidado de familiares, por más que en términos teóricos la carencia de autorización no invalide el contrato en cuanto a los derechos del trabajador extranjero. Similares consideraciones deben aplicarse a las prestaciones de maternidad y paternidad

Mayores problemas produce *a priori* la condición de residencia en el llamado «nivel no contributivo de las prestaciones familiares», en el que la prestación deriva del reconocimiento de la «situación de necesidad» de un beneficiario residente legal derivada del incremento de las cargas económicas destinadas a satisfacer las necesidades de su familia y no del trabajo por cuenta ajena de este beneficiario o del causante. En primer término, es el beneficiario el que debe gozar de la condición de residente [art. 182.1 a), 185.2, 187 LGSS y art. 2.2 de la Ley 35/2007]. No obstante, a partir de la ley 52/2003 de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, el requisito de residencia en el territorio nacional se exige también para el causante en las prestaciones por hijo a cargo [art. 182.1 b) LGSS], lo que se analizará en el epígrafe siguiente. En cambio, en todas las prestaciones consistentes en una cantidad a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, sólo se requiere que el nacimiento se haya producido en España o que la adopción se haya constituido o reconocido por las autoridades españolas [arts. 185.1, 187 LGSS y art. 2.1 de la Ley 35/2007].

En otro orden de cosas, en las contingencias protegidas por estas prestaciones, lo más habitual es que existan dos potenciales beneficiarios, en tanto que en la mayoría de los casos son dos los progenitores que tienen a su cargo al causante. Así pues, cabe plantearse si el requisito de residencia se va a exigir a ambos o sólo a uno de ellos, y en este último caso si basta con que cualquiera de los padres reúna el requisito legal. A estos efectos hay que tener en cuenta que estas prestaciones por hijo a cargo o nacimiento o adopción de hijos no se conciben como derechos individuales de cada uno de los padres, sino que sólo pueden devengarse una vez por cada cau-

sante, de manera que sólo uno de los beneficiarios puede solicitar la prestación correspondiente (art. 189.1 LGSS y art. 30 RD 1335/2005 que regula las prestaciones familiares). El régimen jurídico relativo a la determinación del beneficiario varía de manera muy significativa en la prestación por nacimiento de hijo prevista en la reciente Ley 35/2007 respecto del resto de prestaciones (hijo a cargo, parto o adopción múltiples y nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas monoparentales o por madres discapacitadas), de manera que me ocuparé en primer lugar del régimen «común», para detallar más adelante los problemas especiales que produce la nueva regulación.

En este «régimen común», no existe en principio ninguna preferencia por el padre o la madre, de manera que cualquiera de los dos progenitores podrá percibir la prestación (así, por ejemplo, el art. 187 LGSS se refiere expresamente al «padre o madre»). De acuerdo con los arts. 11.2, 21 y 25 del RD 1335/2005 sobre prestaciones familiares, el beneficiario será la persona que los progenitores designen por acuerdo, presumiéndose su concurrencia cuando uno de ellos solicitara la prestación; asimismo, cuando los padres no «convivieran» (lo que parece referirse al mantenimiento de la relación más que a la cohabitación efectiva), la condición de beneficiario corresponderá únicamente a quien tuviera la guardia y custodia. En las prestaciones por parto o adopción múltiple, se prevé expresamente que ante la falta de acuerdo, la beneficiaria será la madre³³; esta «preferencia» por el sexo femenino puede resultar discutible en los términos que se discutirán más adelante, *mutatis mutandis*, pero no presenta particular relevancia, dado que es difícil que se produzca un desacuerdo entre los padres en este punto si no se ha roto su relación afectiva. En cualquier caso, esta preferencia por la madre no afecta a la exigencia de residencia legal del beneficiario puesto que, en tanto uno de los progenitores reúna el requisito de residencia, la unidad familiar tendrá derecho a la prestación correspondiente. En contraste con la claridad de la regulación en este aspecto, resulta llamativo que alguna práctica administrativa e incluso algún pronunciamiento judicial, exijan el requisito de residencia a los dos padres, a pesar de que sólo uno de ellos puede tener la condición de beneficiario, o, al menos compliquen innecesariamente los argumentos por los que se concede la prestación.

Este último es el caso de la STSJ de Murcia de 15-10-2001 (Ar. AS 2001\2352), que concede a un nacional de Marruecos residente legal en Es-

³³ Lo mismo se establece para la prestación por nacimiento de tercer hijo y sucesivos, actualmente desaparecida. En lo que refiere a la nueva prestación por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales o con madres discapacitadas, habría de aplicarse en principio esta normativa en tanto no se produce la pertinente adaptación del reglamento.

paña la prestación por nacimiento de tercer hijo o sucesivos que había solicitado. Su esposa carecía de permiso de residencia, pero lo había solicitado en base al derecho de reagrupación familiar; la solicitud de permiso de residencia se había planteado antes que la relativa a la prestación de seguridad social, pero la resolución —que resultó ser positiva— se demoró más de un año. Curiosamente, el Tribunal se esfuerza por argumentar una posición que aparentemente se desvía de la literalidad de la ley en base a razones de «justicia material»: «[...] hemos de tener en cuenta que la normativa mencionada tiene como finalidad el apoyo a la familia, con base en las previsiones constitucionales, por lo que toda interpretación de sus normas ha de tener como meta una valoración esencialmente social [...] por lo que la demora en la tramitación y resolución del expediente de residencia por la autoridad administrativa correspondiente, no puede provocar la privación del derecho a la prestación interesada». No parece que fuera necesario este esfuerzo argumental para conceder la prestación cuando en realidad la legislación no exigía en aquel momento, ni exige actualmente, a pesar de las modificaciones que ha sufrido, que ambos padres sean residentes legales, de manera que el retraso en la tramitación de la reagrupación era irrelevante a estos efectos.

Este extremo sí que es advertido por la STSJ Andalucía, Málaga, de 26-4-2002 (Ar. AS 2002\2652), que expresamente señala que «[...] el precepto no exige que el requisito de residencia deba ser cumplido por ambos padres», también en un asunto relativo a una prestación por tercer hijo o sucesivos. Sin embargo, llama la atención que el Tribunal invoque este argumento «a mayor abundamiento», después de haber señalado que no consta en el proceso la ausencia de residencia legal de la madre. Asimismo, el órgano destaca otras circunstancias que influyeron en la resolución: de un lado el hecho de que el INSS había concedido la prestación por hijo a cargo, a pesar de que el régimen jurídico era idéntico a estos efectos y, de otro lado la condición de españoles que tenían tanto el solicitante, de origen nacional marroquí, como el recién nacido.

Respecto de la prestación por nacimiento o adopción de hijos regulada en la Ley 35/2007, la regla para determinar el beneficiario es significativamente distinta. Esta condición corresponderá, como regla general a la madre, salvo cuando ésta hubiera fallecido sin solicitar la prestación o en la adopción individual llevada a cabo por un varón; en el supuesto de adopción por parte de un matrimonio en el que los cónyuges tuvieran el mismo sexo, el beneficiario será determinado de común acuerdo entre éstos. Si lo desea, la beneficiaria podrá ceder al padre el derecho a la prestación, si éste cumple con los requisitos legales, pero sólo podrá hacerlo una vez le sea reconocido (art. 188 sexies LGSS).

En este caso, esta diferenciación jurídica basada en el sexo sí que tiene importantes efectos, al menos *a priori*, si se conjuga con la exigencia de residencia legal. En efecto, si hay dos progenitores, uno de ellos es español o extranjero residente legal y el otro es un extranjero que no reside legalmente en España, el acceso a la prestación dependerá del sexo del miembro de la pareja que resida legalmente en nuestro país: si es de sexo femenino, la pareja tendrá derecho a la prestación, mientras que si es de sexo masculino, no podrá accederse a ella, salvo que la filiación derive de la adopción por parte de un matrimonio entre dos varones; asimismo, si el padre es el único progenitor, tendrá derecho a la prestación, que en cambio no le correspondería si existiera una madre que no fuera residente legal. Algún autor ha calificado esta situación como discriminatoria hacia los varones y hacia la «familia heterosexual»³⁴. En mi opinión, la medida no es estrictamente «discriminatoria», pero, al menos si se interpreta de modo literal, resulta igualmente contraria al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE debido a su arbitrariedad.

La discriminación se configura por la concurrencia necesaria de dos elementos: de un lado, la adscripción a categorías sociales y de otro lado una diferencia de trato que potencialmente sitúa a las personas adscritas a estas categorías en una posición sistemática de desigualdad³⁵. La discriminación de los grupos sociales mejor situados en el sistema social total es posible cuando varía el contexto social de referencia (por ejemplo, un «español» puede ser discriminado en el seno de una «empresa étnica»), pero, en la mayoría de los casos las alegaciones de «discriminación inversa», es decir, de discriminación de los grupos mayoritarios en términos de poder, son erróneas porque no sitúan a las «mayorías» en una posición socio-jurídica de inferioridad en términos globales en el contexto de referencia; en algunos casos, tales diferencias de trato resultan lícitas, porque se tratan de medidas de acción positiva destinadas precisamente a reducir la desigualdad entre los grupos sociales; en otros casos, la diferencia de trato es arbitraria y por tanto contraria al principio de igualdad, pero no necesariamente discriminatoria en términos estrictos³⁶. En términos globales, esta diferencia de trato

³⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «La bidimensional ayuda por nacimiento y adopción y la mejora de las prestaciones familiares», *Aranzadi Social*, núm. 20/2007 (Ar. BIB 2007\2787), págs. 5-6 de la edición electrónica en la base de datos de Westlaw. Las «familias» en sí mismas no pueden ser titulares del derecho a no ser discriminado, por lo que supuesta discriminación de la «familia heterosexual» habría de reconducirse a una eventual discriminación individualizada por razón de orientación sexual.

³⁵ ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *op. cit.*, *per totum*.

³⁶ A pesar de que el TC distingue doctrinalmente entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (que vincula a la existencia de grupos sociales en desventaja),

en concreto no sitúa sistemáticamente a los varones en una posición social desfavorable, lo que resulta especialmente claro en este caso, en el que la prestación económica se destina a compensar parcialmente el incremento de los gastos de la unidad doméstica derivados del nacimiento o adopción de un hijo; cuando los padres sean de distinto sexo, la obtención de la prestación dependerá de si es la mujer o el varón quien reside legalmente en España, circunstancia aparentemente arbitraria, pero que no tiende a reproducir sistemáticamente las desigualdades de poder entre los grupos sociales.

Tampoco puede afirmarse que la diferencia de trato se derive de la adscripción directa a la categoría social mayoritaria de «heterosexual», en tanto que en este caso el fundamento de la diferencia de trato no es la orientación sexual de los beneficiarios, sino el dato objetivo de que en la filiación por adopción en esta forma de matrimonio es manifiestamente imposible aplicar el criterio de que la prestación corresponde inicialmente a la «madre» (dado que hay dos madres o ninguna, dependiendo del sexo de los cónyuges). En todo caso, es precisamente este criterio de atribución de la prestación a la madre lo que resulta discutible, y no su inaplicación en un supuesto en el que carece de sentido; tal vez podría plantearse alguna alegación de discriminación indirecta, pero en este caso no parece necesario, dado que el impacto desfavorable sobre los varones heterosexuales (que constituyen una «mayoría» en términos de poder en el contexto en el que la norma se aplica) es incierto, mientras que en todo caso la diferencia de trato carece de toda justificación cuando se contempla en términos estrictamente individuales.

Parece claro que esta distinción por razón de sexo no se refiere estrictamente al sexo como condición biológica, sino como categoría social impregnada de significados sociales y culturales (es decir, como «género»). Sean cuales fueren los eventuales condicionamientos biológicos de la relación madre-hijo, cuando éstos se expresan en términos de conducta humana, aparecen inevitablemente teñidos de significados culturales, puesto que no existe ninguna conducta humana disociada de su contexto social. En este caso, desde luego, no existe un vínculo directo entre la condición biológica

en ocasiones utiliza —como el resto de los operadores jurídicos— impropia- mente la palabra «discriminación» para referirse a medidas simplemente inconstitucionales por su arbitrariedad. Más allá de la semántica, es importante tomar conciencia de la diferencia que existe entre unos y otros supuestos; así, BARRERE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, distingue con lucidez entre la igualdad como derecho individual y la discriminación grupal (pág. 23), remitiendo la llamada «discriminación inversa» con carácter general al derecho individual, a pesar de que en ocasiones utilice el término «discriminación individual» (págs. 31 y 94).

de «mujer»³⁷ y la percepción de una cantidad de dinero para subvenir el incremento de los costes de la unidad familiar; de hecho, esta asignación de la prestación a la madre se aplica también en el parentesco por adopción en los matrimonios heterosexuales. Tampoco puede argumentarse que la elección del legislador por la madre se deba a la ausencia de alternativas para determinar al beneficiario único, dado que estas alternativas, no sólo son concebibles, sino que se aplican efectivamente en los matrimonios del mismo sexo y en las demás prestaciones familiares. Más bien debe atribuirse a la expresión de una serie de pautas ideológicas fuertemente extendidas que siguen atribuyendo a la mujer la responsabilidad «originaria» en las funciones reproductoras, responsabilidad «originaria» que en todo caso pueden «transferir» al varón (*Cfr.* art. 188 *sexies* LGSS).

Ciertamente, en este caso la responsabilidad no se refiere propiamente a las tareas de cuidado de la familia, sino a la provisión de ingresos para abordar diversas necesidades económicas; en nuestra sociedad, esta provisión de ingresos ha correspondido en mayor medida al varón a través del trabajo asalariado (y las prestaciones contributivas para afrontar su imposibilidad de trabajo); sin embargo, en lo que refiere a la solicitud de prestaciones no contributivas para atender a los «fallos del mercado», el protagonismo en los roles tradicionales de género vuelve a corresponder generalmente a las mujeres, por motivos diversos. Es cierto que esta prestación no contributiva en concreto no despliega un efecto claro de «estigmatización» de la solicitante, dado que la misma cantidad económica de 2500 € se aplica como deducción fiscal en caso de que la beneficiaria (también mujer como regla general) tuviera recursos suficientes, de manera que no se atiende estrictamente a una situación de necesidad derivada de la insuficiencia de ingresos.

Se trata más bien de una medida de fomento de la natalidad que se dirige básicamente a las mujeres³⁸, probablemente porque se ha dado por supuesto que las bajas tasas de natalidad se deben básicamente a decisiones

³⁷ Para no complicar en exceso el argumento, hemos de asumir que la «condición biológica de mujer» es una categoría discreta, a pesar de que en algunos casos la determinación del sexo biológico presenta algunas ambigüedades (cuando existen diferencias en el «sexo» cromosómico, gonadal y genital), esto es, en supuestos biológicamente determinados de intersexualidad o en los de alteración cultural de rasgos sexuales. De hecho, la norma se refiere en realidad al sexo «determinado legalmente», de manera que las personas con sexo cromosómico masculino que hubieran modificado su «sexo» conforme a la Ley 3/2007 de rectificación registral del sexo de las personas podrían ser beneficiarios originarios de la prestación.

³⁸ «[...] Esto ha motivado algunas críticas, por tratarse de una medida dirigida a incentivar la natalidad y no a conciliar trabajo y familia (lo que hubiera justificado sin lugar a dudas que la ayuda se limitase a la mujer)», ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., «Una nueva perspectiva en la protección social de la familia (a propósito de la Ley 35/2007)», *TL*, núm. 94, 2008, pág. 160.

individuales de las mujeres; a mi juicio, se parte de un paradigma excesivamente individualista: el de la *femina oeconomica*, maximizadora de utilidades, sin analizar las pautas sociales estructurales que condicionan la toma de decisiones (como la corresponsabilidad del varón en las tareas familiares o la disponibilidad de servicios sociales como guarderías). Así, se pretende incentivar la decisión de tener hijos —remitida simbólicamente a las mujeres— a través del estímulo económico producido por la subvención. Esto, provoca un claro efecto de «peso muerto», dado que la cantidad se paga también a las personas que, de cualquier modo, habrían decidido tener hijos y que no tienen una especial carencia de ingresos; este efecto se reduciría o se suprimiría si se incidiera más directamente en las causas estructurales que condicionan la decisión de tener hijos. En el peor de los casos, al menos desde la finalidad de conseguir un mayor equilibrio de género en el mercado de trabajo y en las tareas reproductivas, la medida podría incluso desincentivar la actividad laboral femenina (aunque no parece que el efecto vaya a ser muy grande, debido entre otras cosas a su limitada cuantía). Por todo ello, la medida resulta criticable desde la perspectiva de género [Cfr. con la Disposición adicional sexta de la propia Ley 35/2007], no obstante lo cual, a mi juicio no resulta discriminatoria contra las mujeres, dado que el efecto perjudicial sobre este grupo social derivado de la cristalización legal de los estereotipos o del eventual desincentivo para el empleo resulta sumamente difuso.

De todo lo anterior puede colegirse que no existe ningún fundamento objetivo y razonable que justifique la denegación de la prestación a un extranjero residente legal por el hecho de que exista una madre que no sea residente legal, en tanto la prestación se concede cuando es la madre y no el padre quien reside legalmente en España, cuando el progenitor varón es único o cuando se trata de la adopción por un matrimonio homosexual en el que uno de los cónyuges es residente legal. Así pues, interpretada de este modo, la diferenciación habría de entenderse como arbitraria y por tanto contraria al principio de igualdad. Ahora bien, a mi juicio este resultado no ha sido «pretendido» por el legislador, sino que se trata más bien del «efecto secundario» de la aplicación mecánica y literal de una norma cuya única pretensión ha sido destacar simbólicamente el protagonismo originario de la madre en la reproducción de la familia³⁹; así pues, esta interpretación se

³⁹ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que este extremo fue advertido, al menos en parte, durante la tramitación parlamentaria. Así, la enmienda núm. 34 de IU (BOGC, 145-6, 9-10-2007, pág. 27) pretendía añadir al precepto el siguiente inciso «También será beneficiario el otro progenitor en aquellos supuestos en los que la madre no pudiera ser beneficiaria por no

desvía manifiestamente de las funciones sociales que la norma desempeña. Por ello entiendo que procedería en este caso una interpretación correctora que permitiera salvar la constitucionalidad del precepto, extendiendo la cobertura de la prestación a este supuesto aparentemente excluido.

3.3. Convivencia doméstica y residencia

Las prestaciones familiares de seguridad social tienen en cuenta a menudo la «convivencia» de los miembros de la unidad familiar, ya sea como requisito para el acceso a determinadas prestaciones, ya sea para el cómputo de los ingresos. Ello puede deberse básicamente a dos tipos de motivos.

En primer lugar, la «convivencia» opera a menudo como un elemento determinante en la propia definición o modelo ideal de «familia» o de «familia nuclear», que predomina en nuestro contexto cultural y en muchos otros, lo que termina expresándose en las normas jurídicas. En la mayoría de los casos, la «convivencia» es un requisito constitutivo básico de la propia existencia de una «pareja de hecho» o unión estable registrada⁴⁰. En el caso del matrimonio, dicha convivencia se presume *iuris tantum* (art. 69 Código Civil), dado que formalmente es una obligación jurídica de los cónyuges (art. 68 Código Civil). Asimismo, la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos no emancipados asume que aquéllos tienen a estos «en su compañía» (art. 154 Código Civil). Por otra parte, en nuestro contexto cultural, la inclusión de los hijos emancipados o mayores de edad, así como de otros parientes (como ascendientes o hermanos mayores de edad) en el concepto más restringido, pero usual de «familia», se hace depender precisamente de este elemento⁴¹.

reunir los requisitos previstos en el apartado segundo de este artículo, siempre y cuando el otro progenitor sí reuniese esos requisitos con excepción de el del sexo». Esta circunstancia, por supuesto, no es determinante para interpretar la voluntad del legislador, pero desde luego tiene un cierto valor retórico frente a la interpretación que aquí propongo.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Ley 5/2002 de Andalucía de parejas de hecho exige en su art. 3.1 la convivencia; el cese efectivo de ésta por duración superior a un año determina la disolución de la pareja [art. 12.1 a)]. En muchos casos se exige además un período de convivencia previo. La excepción «que confirma la regla» viene dada por la Ley 2/2003 del País Vasco sobre parejas de hecho, que no se refiere a la convivencia como requisito constitutivo de la relación (menciona únicamente la existencia de una relación afectivo-sexual) ni determina la disolución de ésta relación por su cese continuado; de hecho, en su artículo 6.2 a) 2 c) asume la posibilidad de que no exista convivencia.

⁴¹ Así, la primera acepción de «familia» recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se refiere a un «grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas».

En segundo lugar, la «convivencia» opera habitualmente como criterio definitorio de la unidad económica doméstica, es decir, de la «familia» como unidad de consumo, de cobertura de riesgos sociales y, en su caso, como unidad de producción⁴². Así pues, cuando existe convivencia, se presume a menudo que los ingresos obtenidos por los miembros de la unidad doméstica se redistribuyen entre ellos y, por tanto, que existe una relación de dependencia económica entre las personas que no obtienen ingresos (u obtienen ingresos insuficientes) y el resto de los componentes de la «familia». En cambio, no siempre se presumen estos mecanismos redistributivos cuando la convivencia no existe, aún cuando subsiste la obligación civil de prestar alimentos (*Cfr.* art. 149 Código Civil) y de hecho, éstos se presten a menudo en base a pautas culturales y sociales.

En la práctica, este modelo ideal se diluye a menudo debido a factores sociales diversos, entre los que se encuentran las migraciones laborales de carácter nacional o internacional; en tales casos, la ausencia de convivencia en términos generales resulta socialmente admitida, pero se considera una anomalía que viene impuesta por las circunstancias (aunque sea relativamente común) y que tiene un carácter coyuntural (aunque se prolongue durante varios años). Esta relativa disociación entre el patrón ideal de convivencia y las prácticas reales de la unidad doméstica no es de ningún modo una particularidad del mundo moderno⁴³, pero se intensifica de manera muy signi-

⁴² Aunque la unidad doméstica basada en el parentesco es la unidad básica de producción en la mayor parte de las sociedades tradicionales, en las economías capitalistas ha sido casi completamente sustituida en estas funciones por la «empresa». Al margen de otras funciones sociales, el papel «puramente» económico de la familia se centra especialmente en su función como unidad de consumo, dadas las transferencias patrimoniales y los mecanismos de reciprocidad y redistribución que se producen en su seno, que atienden a determinadas situaciones de necesidad. Ahora bien, el papel de la «familia» como unidad de producción no ha desaparecido completamente y, de hecho, el concepto de «empresa familiar» adquiere una cierta relevancia con la revalorización de las pequeñas empresas que se produce tras la crisis del fordismo; así, por ejemplo, el art. 1.3 e) ET excluye de su ámbito de aplicación los «trabajos familiares» definidos conforme a un requisito de convivencia, ya que se presume que en estos casos no existe ajenidad.

⁴³ En este sentido, por ejemplo, SEGALÉN, M., *Antropología histórica de la familia*, Taurus, 1992, págs. 50-51 se refiere a las migraciones estacionales de los antiguos campesinos franceses en regiones de montaña —a veces muy largas e incluso definitivas— como factor de inestabilidad del grupo doméstico (definido por razón de la convivencia en la pág. 38). En algunos casos, debido a estas distorsiones, se prefiere excluir el requisito de residencia común de la «unidad doméstica» como categoría analítica «En nuestro análisis vamos a partir de la definición de Word, según la cual la unidad doméstica o casa “es un grupo que asegura su mantenimiento y reproducción generando y disponiendo de unos ingresos comunes” [...] con respecto a la coresidencia tenemos que decir que, con respecto al trabajo dentro del sector

ficativa con el conjunto de procesos socioeconómicos que llamamos «globalización»⁴⁴. En efecto, el progreso en las tecnologías de transporte, información y comunicación ha permitido un importante incremento de los flujos de comunicación y de los intercambios económicos más allá de las fronteras de los Estados-nación; los migrantes no se limitan a asimilarse a la sociedad de acogida, sino que mantienen con sus países de origen o con personas originarias de éstos países que han emigrado a otros Estados, una comunicación constante, así como toda una serie de relaciones económicas, principalmente a través de las «remesas», pero también a través de la importación o exportación de productos o la inversión.

Las relaciones de parentesco despliegan una indudable importancia en estas redes transnacionales de relaciones interpersonales y económicas. De hecho, existen numerosas familias nucleares o unidades domésticas «transnacionales», que se caracterizan por el hecho de que sus miembros se sitúan al menos en dos Estados-nación⁴⁵. Esta configuración «transnacional» de las unidades domésticas viene favorecida por el citado progreso de los transportes y las comunicaciones, así como por la existencia de redes de familia extensa, que cubren la ausencia de los migrantes en tareas como el cuidado de los hijos, pero deriva en último término de la adopción de diversas estrategias por parte de los migrantes y sus familias. Estas estrategias pueden atender a muy diversas finalidades: adaptación a las restricciones de la política migratoria de los Estados receptores, consideración de los costes más bajos de reproducción de la familia (alimentación, consumo, vivienda, etc.) en los países más pobres, «protección» de los hijos respecto de actitudes xenófobas o de otras formas de exclusión social (como la integración en bandas juveniles) o incluso intento de evitar el contacto cultural con las pautas dominantes en la sociedad receptora de las personas que ocupan un papel

informal, con su relación muy íntima con los procesos migratorios, el considerar la coresidencia como un elemento fundamental de la noción de unidad doméstica puede llevar consigo empobrecer enormemente el análisis», MARTÍNEZ VEIGA, U., «El otro desempleo: el sector informal», en AAVV (comp. P. Moreno Feliú), *Entre las gracias y el molino satánico: lecturas de Antropología Económica*, UNED Ediciones, 2004, págs. 443-444.

⁴⁴ Para una revisión de las investigaciones planteadas desde la perspectiva del «transnacionalismo», Vid. SÁNCHEZ MOLINA, R., *Mandar a traer. Antropología, migraciones y transnacionalismo: salvadoreños en Washington*, Editorial Universitat, Madrid, 2005, págs. 41-47.

⁴⁵ SALAZAR PARRENAS, R., *Servants of Globalization: Women, Migration and Domestic Work*, Sanford University Press, Palo Alto, 2001, pág. 80; así, por ejemplo, se constatan períodos de hasta 16 años de separación entre una madre y sus hijos (pág. 108). Vid., asimismo, SÁNCHEZ MOLINA, R., *op. cit.*, págs. 123-135.

subordinado en la familia, manteniendo así la desigualdad en las relaciones familiares ⁴⁶.

En la medida en que el legislador tome en consideración la «convivencia familiar» en la definición de las situaciones de necesidad protegidas por la seguridad social, estará desconociendo la dispersión de los miembros de la unidad doméstica por el territorio nacional y más allá de las fronteras del Estado (en unidades de carácter transnacional). Este desconocimiento perjudicará los intereses de los inmigrantes y emigrantes cuando no tome en consideración las cargas económicas familiares reales, pero podría llegar a beneficiarlos si se refiriera al cómputo de ingresos totales de la unidad, aunque este efecto parece menos significativo. Ambos efectos resultan en principio disfuncionales, salvo que sean pretendidos por el legislador.

En este sentido, la eventual oposición del legislador a la consideración de las cargas familiares que traspasan las fronteras del Estado podría atribuirse al carácter territorial que básicamente caracteriza a los sistemas de seguridad social. Éstos se configuran para producir cohesión social en marco del territorio de un Estado-nación; las disfunciones sociales producidas más allá de sus fronteras en principio no afectarían a la legitimidad y función social del poder estatal. En este sentido, el Estado podría no estar dispuesto a sufragar los costes de reproducción de la fuerza de trabajo extranjera que utilizan las empresas nacionales, si no incide en su propia consistencia como estructura política ⁴⁷. Ciertamente, estos argumentos pierden intensidad a medida que se incrementan las conexiones transnacionales, desdibujando la representación de las «sociedades» como compartimentos estancos articulados en torno a la estructura de poder político del Estado. De un lado, la situación económica real del inmigrante depende verdaderamente de los compromisos asumidos con los miembros de su familia que permanecen en el país de origen (aunque, efectivamente, los costes de reproducción de la familia son generalmente más reducidos); de otro lado, puede ser creciente la percepción social de la «injusticia» de esta desigualdad de trato que produciría un impacto indirecto desfavorable respecto de los extranjeros (aunque también puede afectar a los emigrantes españoles). De hecho, en determinados casos la diferencia podría resultar discriminatoria en términos constitucionales o de derecho comunitario.

⁴⁶ Vid. SALAZAR PARRENAS, R., *op. cit.*, págs. 80-81, 106-108; SÁNCHEZ MOLINA, R., *op. cit.*, págs. 127-134.

⁴⁷ «While receiving countries need the low-wage labor of migrants, they want neither the responsibilities nor costs of the reproduction of these workers», SALAZAR PARRENAS, P, pág. 107. De hecho, el ahorro de estos costes de reproducción es una de las ventajas del uso de mano de obra inmigrante.

En cualquier caso, esta posible finalidad restrictiva del Estado operaría con mayor fuerza en las prestaciones no contributivas. En las de carácter contributivo, por más que éstas se dirijan también a la cobertura de situaciones de necesidad en el marco de un sistema de reparto, la lógica de la aportación individual hace menos aceptable la pérdida de la prestación debido a la falta de convivencia. En este sentido, por ejemplo, los convenios bilaterales de seguridad social firmados por España prevén la exportabilidad de las prestaciones contributivas hacia los Estados firmantes.

En sentido más amplio, el Convenio 157 OIT sobre conservación de derechos de seguridad social establece en su art. 1 g) que «[...] cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado» y en su art. 1 h) «[...] cuando la legislación defina o reconozca como sobrevivientes únicamente a las personas que hubieren vivido bajo el mismo techo que el difunto, se reputará cumplido este requisito cuando dichas personas hubieren estado principalmente a cargo del difunto»; el texto se refiere a la definición de «miembros de familia» o «sobrevivientes» a efectos del Convenio, es decir, a efectos de la inclusión en su campo de aplicación en los arts. 3.1 y 4.1 b). Estas normas permiten sostener una tendencia hermenéutica general favorable a la falta de exigencia del requisito de convivencia en la interpretación de la legislación nacional, pero debe tomarse en consideración que su carácter directamente vinculante es relativamente limitado; en base al art. 9.1 del Convenio, la garantía del pago al margen del país de residencia es clara en los supuestos de invalidez, vejez, muerte y supervivencia, indemnizaciones por fallecimiento y accidentes de trabajo. En el resto de las prestaciones previstas en el art. 2.1 de este Convenio 157 (incluyendo las denominadas «familiares»), se depende de los futuros acuerdos bilaterales que los firmantes «deben esforzarse» en desarrollar.

En nuestro ordenamiento de seguridad social, la convivencia no sólo se tiene en cuenta en las prestaciones que hemos denominado «familiares», esto es, las que atienden específicamente las necesidades de la familia. Ello es así porque el Estado en muchos casos asume un papel subsidiario respecto de la familia en la cobertura de los riesgos sociales; en estos casos, para definir las situaciones de necesidad computa los ingresos familiares de la unidad doméstica en lugar de los individuales. Esto sucede de manera muy marcada en las pensiones no contributivas de invalidez [arts. 144. 1 d), 144.2, 144.3 y 144.4 LGSS] y jubilación (arts. 167.1 y 167.2 LGSS), exigiéndose expresamente la convivencia (lo que termina beneficiando a los migrantes en relación con sus ingresos familiares reales).

Una perspectiva distinta respecto de la unidad económica familiar se adopta en las prestaciones por desempleo, afectando a la situación protegida en el nivel asistencial [arts. 215.1.1 a), 215.1.2 a), 215.2 LGSS] y a la cuantía, tanto en el nivel contributivo (art. 211.3 LGSS) como asistencial (art. 217.2 LGSS). En este caso, se contempla al desempleado como el sostenedor de la unidad económica, razón por la cual se toman en consideración los hijos o familiares «a cargo» y (en el nivel asistencial) la existencia o no de «responsabilidades familiares». En este último caso, la definición de estas responsabilidades (215.2 LGSS) vuelve a tomar en consideración los ingresos totales de la unidad familiar, pero por lo demás, en materia de desempleo la eventual consideración de la «convivencia» perjudicaría a las familias transnacionales. A la hora de referirse a los «hijos a cargo» o a las «responsabilidades familiares» la ley no hace ninguna mención a la convivencia, que, por el contrario, sí que aparece, en los arts. 4.3, 18.1 y 18.3 del RD 625/1985 que desarrolla la prestación por desempleo; este requisito puede suplirse por el sostenimiento económico, pero, en el nivel no contributivo, la literalidad del artículo parece remitirse a la existencia de una obligación de alimentos declarada judicialmente. En este contexto, el Tribunal Supremo ha interpretado reiteradamente y en unificación de doctrina, en base al propio texto de la ley y al convenio 157 OIT, que cuando el solicitante estuviera verdaderamente sosteniendo a otros miembros de su familia en el extranjero no podrá exigirse el requisito de convivencia⁴⁸.

En lo que refiere a las prestaciones familiares propiamente dichas, la circunstancia de la «convivencia» se aplica asimismo a finalidades diversas:

- a) En el auxilio por defunción previsto en el art. 173 LGSS opera simplemente para determinar los familiares de los que se presume que se han hecho cargo de los gastos del sepelio, de manera que el requisito no resulta especialmente relevante (se establece además una aparente diferencia en la cuantía que hoy resulta inaplicable).
- b) En varios supuestos, la convivencia opera básicamente como elemento de definición de la «familia» misma a los efectos de cada prestación:
 - En primer lugar, funciona como elemento definitorio de la «pareja de hecho» a efectos de reconocimiento de pensión de viu-

⁴⁸ SSTS 11-4-2000 (Ar. RJ 3435\2000) y 3-5-2000 (Ar. RJ 6619\2000). Se ocupan de analizar estas sentencias en Mercader Uguina, J., *op. cit.* págs. 1169-1171; MIRANDA BOTO, J.M., «La convivencia de familiares de trabajadores extranjeros como requisito para la obtención de prestaciones en la jurisprudencia nacional y comunitaria», en AAVV, *Derechos y libertades*, *op. cit.*, págs. 1335 y ss., en este último caso, contrastándolo con la jurisprudencia comunitaria relativa al Acuerdo CEE-Marruecos.

edad (174.3 LGSS)⁴⁹; este requisito en sí mismo parece en principio razonable, en el marco de una regulación por lo demás demasiado estricta⁵⁰. No obstante, se produce un perjuicio a los migrantes al exigir que esta convivencia sea inmediata al hecho del fallecimiento. Este requisito resulta a mi juicio excesivo, dado que ya se exige un período muy largo de convivencia, de manera que ya se garantiza una cierta estabilidad para la pareja. Este período podría haberse visto interrumpido de manera relativamente involuntaria precisamente por las circunstancias del proceso migratorio, sin que hubiera una ruptura de la relación (y en todo caso, en el caso de matrimonio esta eventual ruptura no impide radicalmente la percepción de la prestación).

- En segundo lugar, la «convivencia» es uno de los requisitos exigidos a determinados parientes para beneficiarse de las prestaciones de muerte y supervivencia a favor de familiares. En concreto, el requisito se aplica a los «nietos y hermanos» menores de edad o incapacitados [22.1.1 c) Orden de 23-2-1967 sobre prestaciones de muerte y supervivencia]; a las «madres y abuelas», solteras, viudas o casadas con incapacitados para el trabajo [22.1.2 b) de esta Orden]; a los «padres y abuelos» mayores de 60 años o incapacitados para el trabajo [22.1.3 b) de la Orden] y a los «hijos o hermanos» de beneficiarios de pensiones de jubilación e invalidez, que fueran mayores de 45 años, solteros, divorciados o viudos, carecieran de recursos propios y se hubieran dedicado de manera prolongada al cuidado del causante [art. 176.2 a) LGSS]. En estos casos puede advertirse como la convivencia se convierte en un elemento básico para definir a los miembros de la familia nuclear más allá del cónyuge, pareja de hecho o hijos incluidos por su edad en el ámbito de la prestación de orfandad.

⁴⁹ El tiempo de convivencia se considera también como un criterio para la división de la pensión de viudedad entre distintas parejas en caso de separación y divorcio. En este caso, no se exige que la convivencia haya tenido lugar en España, por lo que la norma no tiene un impacto distinto sobre los extranjeros.

⁵⁰ Estas restricciones, por cierto, no son irrelevantes si se examinan desde la perspectiva de la extranjería. Tómese en consideración, por ejemplo, que el matrimonio entre personas del mismo sexo está admitido en muy pocos países, pero son más los que permiten el registro de estas parejas como «uniones de hecho».

La STSJ de Cataluña de 3-7-2002 (Ar. AS 2002\2987) deniega la prestación por muerte y supervivencia solicitada por la madre, residente en Marruecos, respecto de su único hijo soltero, que trabajaba en España y la sostenía económicamente a través de remesas, fallecido en accidente de trabajo, por faltar el requisito reglamentariamente previsto de convivencia. El órgano de instancia había considerado suficiente a estos efectos la permanencia de una relación directa y frecuente, dado que además se consideró probada la dependencia económica de la solicitante; sin embargo, el Tribunal desautoriza en suplicación esta interpretación. En la argumentación parece detectarse un rastro de la concepción ideológica de la convivencia como un requisito esencial de la unidad familiar a la que me he referido con anterioridad, puesto que en las razones para denegar la prestación subraya la posibilidad de la reagrupación familiar; ello no sólo supone un cierto desconocimiento de la práctica administrativa en la reagrupación de ascendientes (que no es ni mucho menos automática), sino que parece implicar una especie de «carga moral» para la madre, de desplazarse a España con el hijo del que depende económicamente, para disfrutar de la eventual — e inesperada— prestación de muerte y supervivencia por el fallecimiento de su hijo.

En todo caso, el principal motivo por el que el Tribunal exige la convivencia no es la posibilidad de la reagrupación, sino la exigencia expresa de este requisito en la Orden de 23-2-1967 que regula la prestación. No obstante, esta exigencia expresa debe conciliarse con las previsiones del Convenio 157 OIT. El Tribunal descarta la aplicabilidad de esta norma internacional aduciendo que el supuesto no estaba incluido en su ámbito de aplicación, dado que en su art. 3 se refiere a «[...] los casos en que el sistema internacional de conservación de derechos establecido por este Convenio imponga tomar en consideración la legislación de un Miembro que no sea aquel en cuyo territorio residan habitual o temporalmente». No explica, sin embargo, por qué no puede subsumir el caso enjuiciado en este art. 3, dado que consideró probado que la solicitante residía habitualmente en Marruecos, que estaba aplicando la legislación española y que el art. 9.1 del propio Convenio establece un sistema de conservación de derechos con independencia de la residencia en los casos de supervivencia y accidente de trabajo entre otras causas y además, se trata de una prestación contributiva, por lo que

no puede operar la excepción del art. 9.4 a) del Convenio. Así pues, a mi juicio, el Convenio 157 OIT impide que en todos estos casos se tome en consideración la «convivencia» entendida en sentido estricto como «cohabitación» en la misma residencia; no obstante lo anterior, el art. 176.2 LGSS se refiere a un supuesto muy concreto, en el que el beneficiario ha estado prestando un cuidado constante al causante, lo que dificulta enormemente o incluso imposibilita su aplicación entre miembros de la familia que residen en países distintos.

- En tercer lugar, la convivencia se convierte en un elemento definitorio de las «familias monoparentales», de acuerdo con el art. 185.1 LGSS. Esta circunstancia en sí misma considerada no tiene ningún impacto particular sobre los extranjeros, dado que se integra en una prestación de pago único para el nacimiento de hijos en territorio español o su adopción en España.
- c) En otro orden de cosas, también en algunas las prestaciones familiares no contributivas se utiliza la convivencia como elemento definitorio de la unidad doméstica a efectos de determinar los ingresos totales, como sucede en otras prestaciones asistenciales; de acuerdo con los arts. 182.1 c) y 185.2 LGSS, en las prestaciones por hijo a cargo o por nacimiento de hijos en familias numerosas la convivencia entre los padres supone la toma en consideración de sus ingresos de manera conjunta para determinar si superan el umbral máximo y por tanto pierden el derecho a la prestación. Interpretada literalmente, la referencia a la «convivencia» podría beneficiar a las familias transnacionales en algunos supuestos. No obstante, a mi juicio, la expresión «convivencia» se utiliza aquí simplemente para indicar que la relación entre los padres, y por tanto, la unidad económica familiar, no se ha roto.
- d) Por último, en las prestaciones por hijo a cargo, la convivencia o la residencia del causante pueden operar al mismo tiempo para definir la unidad económica familiar y para que el Estado se ocupe únicamente de proteger situaciones de necesidad que se producen estrictamente en su territorio (ignorando las conexiones transnacionales).

El art. 182 LGSS no exige expresamente la «convivencia» en la determinación de los «hijos a cargo», pero sí que lo hace el art. 9.1 del RD 335/2005 sobre prestaciones familiares; la convivencia —que no se rompe por separaciones transitorias, por ejemplo, causadas por estudios— se añade al requisito de dependencia económica y, de hecho, el primer elemento permite presumir el segundo. También el reglamento anterior, ya derogado (RD 565/1991) se refería también a la convivencia en el concepto de «hijo a car-

go». Se trata pues, en principio, de una situación similar a la que se plantea en el desempleo no contributivo.

De hecho, sobre ella también se ha pronunciado, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, en su sentencia de 21-3-2003 (Ar. RJ 2003\1989), en el mismo sentido favorable a la consideración de que el concepto de «hijo a cargo» no exige la cohabitación. Aunque en este caso el solicitante era de nacionalidad marroquí y en el proceso se había invocado el Acuerdo CEE-Marruecos, en realidad el TS centra sus argumentos, una vez más, en la falta de referencia expresa de la norma de rango legal y en el Convenio 157 OIT, citando asimismo sus dos sentencias anteriores en materia de desempleo. En esta sentencia hace, además, una interesante reflexión sobre la funcionalidad de la norma «[...] su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nullos o escasísimos recursos económicos». Ciertamente, es importante reseñar que la finalidad de la norma es la protección económica de las familias y no el fomento de la convivencia familiar, dado que, como se ha visto, a veces parece deslizarse entre los argumentos judiciales una especie de deber moral y difuso de convivencia de los miembros de la unidad económica familiar. A esta sentencia del TS han seguido otras resoluciones judiciales en el mismo sentido, que se referían también a países con los que no existe acuerdo en materia de Seguridad Social⁵¹.

Tras esta sentencia, se ha modificado el régimen jurídico de las prestaciones por hijo a cargo; a estos efectos, la ley sigue sin hacer ninguna referencia directa al requisito de convivencia, pero el reglamento del año 2005, como ya se ha mencionado, a pesar de lo señalado por la jurisprudencia, sigue exigiéndolo. En todo caso, se ha incorporado en el art. 182.1 b) de la LGSS, así como al propio reglamento [art. 10.1 b)] un nuevo requisito, el de la residencia del causante en España, que termina por vaciar de contenido toda esta doctrina del TS. En este caso, el problema se traslada claramente de la definición de la unidad económica familiar a la voluntad del Estado de cubrir únicamente situaciones de necesidad existentes en su territorio, por más que las cargas familiares en el extranjero afecten al inmigrante en territorio español. A mi juicio, aunque este «retroceso» del legislador contradice el «espíritu» del Convenio 157 OIT, en este punto el Convenio no

⁵¹ SSTSJ Cataluña, de 3-11-2005 (Ar. AS 2006\307, referido a Argelia) y 19-4-2006 (Ar. AS 2006\2872 referido a Pakistán), además de STSJ Cataluña, de 2220-11-2003 (Ar. AS 4228\2003)

despliega un efecto directo de suficiente entidad como para imponerse sobre la norma de rango legal, más allá de lo que pudiera preverse los futuros convenios bilaterales.

4. CONCLUSIONES

La valoración de la integración general de los migrantes y sus familias en el sistema español de seguridad social debe ser, en principio positiva, dada la acusada tendencia expansiva del sistema, que de esta manera se adapta a la creciente importancia que el fenómeno migratorio ha cobrado en nuestro país. En primer lugar, se ha abandonado radicalmente el criterio de «nacionalidad», sustituyéndose a grandes rasgos por el de residencia legal, que se convierte en el núcleo de un nuevo concepto de ciudadanía social. En segundo lugar, esta «ciudadanía social» se ha expandido hasta cierto punto a los inmigrantes irregulares, atribuyéndoles el derecho a percibir las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponder del ejercicio de un trabajo asalariado, aún sin autorización para ejercerlo. Resulta, empero, criticable la falta de claridad y precisión con la que han operado estos cambios y que se concreta básicamente la ambigüedad del art. 36.3 en cuanto a las prestaciones contributivas, la indeterminación de las «prestaciones sociales básicas» a las que tienen derechos los extranjeros en situación irregular y la falta de derogación formal del requisito de nacionalidad en las prestaciones no contributivas, a pesar de que resulta inaplicable y de que, además, introduce discriminaciones raciales. Gran parte de esta ambigüedad se debe seguramente a la dificultad para encontrar un punto de equilibrio entre finalidades parcialmente contrapuestas.

En todo caso hay que constatar que el legislador no ha establecido una política coherente y sistemática en lo que refiere a los problemas específicos que se producen en las prestaciones familiares, derivados de la diversidad de sujetos implicados y de la introducción de la circunstancia de la convivencia en la determinación de la unidad económica familiar. En términos generales, no hay una postura clara y sistemática del legislador ante la generalización de las unidades familiares transnacionales o con distintos estatus de residencia en el país, de manera que la mayoría de los problemas jurídicos que se plantean se resuelven acudiendo al silencio del legislador o bien a confusas referencias a la «convivencia» que normalmente no están concebidas para aplicarse a estas familias; los resultados de este desconocimiento en ocasiones son claramente disfuncionales (por ejemplo, en la nueva prestación establecida por la Ley 35/2007). Ciertamente, es muy importante que España haya sido uno de los pocos países que han ratificado el Convenio



157 OIT, que resulta también relevante en la resolución de estos problemas, pero ello no se debe a un mecanismo adaptativo ante la intensificación de la inmigración en nuestro país, dado que se produjo en fechas muy tempranas. Cuando el legislador se ha pronunciado expresamente —en el caso de las prestaciones por hijo a cargo— se observa un cierto retroceso en el reconocimiento de conexiones internacionales. Sería deseable, por tanto, una política jurídica más sistemática y clara, que partiera de un conocimiento previo de la realidad social y que tuviera al menos un cierto nivel de apertura a estas conexiones internacionales y a la situación de las familias integradas por miembros con distintos estatus respecto de la residencia, con objeto de maximizar la finalidad de integración social que configura estas prestaciones. En este contexto, se observa un cierto esfuerzo de los Tribunales de justicia en superar las trabas formales que dificultan de manera poco justificada el cumplimiento de esta finalidad integradora, pero, en ausencia de esta política legislativa global y coherente, presenta algunas debilidades en su argumentación, problema que se acrecienta porque el tratamiento doctrinal de estos problemas específicos es relativamente escaso.

