

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Perspectivas basadas en derechos sobre el acceso a la seguridad social para los migrantes temporales en Australia: ideas que emanan de las experiencias europeas*

Marius OLIVIER**

RESUMEN: Australia en los últimos años ha adoptado una posición política que hace hincapié en la migración temporal, generalmente asociada con una reducción del acceso a la seguridad social. Esto ha planteado preguntas fundamentales con respecto a la lógica redistributiva del Estado de bienestar, dado el resultado del desplazamiento de la responsabilidad hacia los individuos y las familias. Ha sido difícil hacer frente a estas preocupaciones de un paradigma basado en los derechos. Por otra parte, la mayoría de las categorías de migrantes han sido incapaces de invocar con éxito el supuesto incumplimiento por parte de Australia con el dominio en cuanto al acceso a la seguridad social se refiere. Se sugiere que los desarrollos legales y jurisprudenciales en este sentido en el contexto europeo pueden ser de valor moral e idealmente con valor persuasivo. La reflexión sobre estos desarrollos se limita a los dos principales esferas jurisdiccionales regionales, es decir, la Unión Europea y el Consejo Europeo.

Palabras clave: Acceso a la seguridad social, portabilidad, trabajadores migrantes temporales, protección de la seguridad social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Impulsores de políticas y principios subyacentes. 2.1. Unión Europea. 2.2. Consejo Europeo. 3. Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea y el Consejo de Europa. 3.1. Unión Europea. 3.2. Consejo Europeo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Basado en un artículo presentado por el autor en un taller sobre “Comparative and international perspectives on Australian temporary labour migration” (21/22 July 2016), organizado por el Centre for Employment and Labour Relations Law (CELRL), University of Melbourne.

** Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, University of Western Australia, Perth; Profesor Extraordinario, Facultad de Derecho, Northwest University, Potchefstroom, South Africa.

Rights-based perspectives on access to social security for temporary migrants in Australia: Pointers emanating from the European experiences

ABSTRACT: Australia has over the years adopted a policy position that emphasises temporary migration, generally associated with a curtailment of access to social security. This has raised fundamental questions regarding the redistributive rationale of the welfare state, given the resultant shifting of responsibility to individuals and families. It has been difficult to address these concerns from a rights-based paradigm, in view of (among others) the absence of a binding Bill of Rights at the national level in Australia, and the effective superimposition of migration law and policy on the social security rights domain. Moreover, most migrant categories have been unable to successfully rely on alleged non-compliance by Australia with the international human rights domain as far as access to social security is concerned.

It is suggested that legal and jurisprudential developments in this regard in the European context may be of moral and ideally persuasive value. These developments hold potential value for constructing a rights-based and consistent framework. The reflection on these developments is restricted to the two main regional jurisdictional spheres, i.e. the European Union and the European Council – relying on instruments informing the social security sphere in these jurisdictions and the jurisprudence emanating from the European Court of Justice and the European Court of Human Rights respectively.

Key Words: Access to social security, portability, temporary migrant workers, social security protection.

1. Introducción

A través de los años Australia ha sido, desde un punto de vista normativo, testigo de un mayor énfasis en la migración temporal, generalmente acompañado de una reducción del acceso a la seguridad social. De hecho, según ha señalado Mares, y como Boucher y Carney sostienen, la “situación de los trabajadores temporales plantea cuestiones filosóficas profundas centrales de la lógica redistributiva del Estado de Bienestar: *¿Por cuánto tiempo es aceptable para alguien para vivir, trabajar y pagar impuestos en Australia, pero que se nieguen servicios financiados por el gobierno (...)?, ¿En qué momento decimos que alguien ha contribuido lo suficiente (...)?*”¹.

El cambio de política que ha tenido lugar tal vez se podría resumir en que se requiere de los inmigrantes calificados para sean auto-prestadores y de los familiares patrocinadores para pagar a los que no pueden pagar por sí mismos². Y, sin embargo, como ya se ha comentado, “implícito en este cambio de política no es sólo una cosificación de la responsabilidad individual de riesgo social (incluyendo el desempleo), sino también una familiarización de la responsabilidad del bienestar de las personas dependientes de inmigrantes (...), la serie de las obligaciones contractuales y los bonos patrocinados introducidos para los migrantes patrocinadores durante los años 1990 y 2000, junto con la introducción de períodos de espera y calificación, que equivale a *familialismo por defecto* por el que la asistencia familiar es requida ya que no hay otra opción para el apoyo”³.

Para abordar estas preocupaciones desde un paradigma basado en derechos es complicado por la ausencia de una carta de derechos vinculante a nivel nacional en Australia, la limitada ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes en este campo por parte de Australia, la superposición efectiva de leyes migratorias y políticas en el dominio de los derechos de seguridad social y, por tanto, la incapacidad aparente de la mayoría de las categorías de migrantes para invocar con éxito el supuesto incumplimiento por parte de Australia con el dominio

¹ Boucher, A. y Carney, T., “Social Security for Migrant Workers and their Families in Australia en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013 pp. 187-214; Mares, P. *Temporary Migration Is a Permanent Thing, Inside Story*, 29 March 2013, véase <http://insidestory.org.au/temporary-migration-is-a-permanent-thing>.

² Boucher and Carney p. 211.

³ *Ibid.* Referido entre otros a Saraceno, C. “Social Inequalities in Facing Old-Age Dependency: A Bi-generational Perspective”, 20 *Journal of European Social Policy*, 2010, pp. 32-44, basado en un trabajo original de Ann Shola Orloff, “Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States”, *American Sociological Review*, 1993, n. 58, pp. 303-328 sobre familiarización.

internacional de los derechos humanos en cuanto al acceso a la seguridad social se refiere⁴. Por ejemplo, en el caso de *Golovenco v. Centrelink*⁵ un Tribunal Federal se enfrentó ante el rechazo de los beneficios (el llamado Newstart Allowance o Beneficio Especial), debido a la falta de calificación de residencia, como una violación de la Convención de Refugiados, fracasó, en la base de que el visado transitorio temporal de la demandante no cumplía los requisitos de seguridad social de “residencia”, a pesar de que se aceptó que era una persona “sin estado”. El Tribunal Federal sostuvo que el principio de la interpretación de cualquier ambigüedad legislativa (o el ejercicio de decisiones discrecionales) bajo las leyes australianas de manera que den efecto a Australia de las obligaciones del tratado (incluidos los tratados no ratificados), según lo establecido por el Tribunal Supremo en el caso *Teob*⁶, no pueden aplicarse por que ninguna ambigüedad se encuentra en el estatuto pertinente.⁷

Sin embargo, incluso si no hay más que un valor moral e idealmente valor persuasivo para ser obtenido a partir de este ejercicio, puede valer la pena tener en cuenta la evolución en este sentido, desde un punto de vista jurídico, en el contexto europeo (regional). Este artículo se analiza brevemente estos desarrollos y su valor potencial para la construcción de un marco consistente y basado en los derechos. La reflexión sobre estos desarrollos se limita a los dos principales esferas jurisdiccionales regionales, es decir, la Unión Europea y el Consejo Europeo, apoyándose en instrumentos que informan a la esfera de la seguridad social en estas jurisdicciones como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos humanos, respectivamente. La contribución no se ocupa de los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros o la UE, o de otros instrumentos de “soft law” (por ejemplo, asociaciones de movilidad de la UE) y la jurisprudencia asociada, como la sentencia *Gottardo*⁸; y también excluye apreciaciones realizadas

⁴ Ver Boucher and Carney, *op. cit.*, pp. 203-204.

⁵ *Golovenco v. Centrelink* 5(10) SSR 138; [2003] FCA 527 BC200302694 Cooper J.

⁶ *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teob* (1995) 183 CLR 273, at pp. 286-288.

⁷ Boucher and Carney pp. 203-204.

⁸ *Gottardo v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* ECJ January 2002, n. C-55/00. Las conclusiones principales de la TJUE se resumen de la siguiente (en el párrafo 1; ver también párrafos 33-34): “When a Member State concludes a bilateral international convention with a non-member country, the fundamental principle of equal treatment requires that Member State to grant nationals of other Member States the same advantages as those which its own nationals enjoy under that convention unless it can provide objective justification for refusing to do so. When giving effect to commitments assumed under international agreements, be it an agreement between Member States or an agreement between a Member State and one or more non-member countries, Member

por el Comité Europeo de Derechos Sociales en virtud de la Carta Social Europea y la Carta revisada.

2. Impulsores de políticas y principios subyacentes

2.1. Unión Europea

En la Unión Europea, los trabajadores y profesionales migrantes que residen y trabajan legalmente en los países de la UE se benefician de las disposiciones sobre seguridad social de la UE que se han extendido a los llamados nacionales de terceros países (TCN). Con los años se ha producido la extensión gradual, y ha cubierto un número creciente de categorías de nacionales de terceros países. La extensión se ha producido sobre todo en el marco de las disposiciones sobre una política común de inmigración de la UE que figura en el instrumento fundacional de la UE, es decir, (el ahora) el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁹. Los principales avances en este sentido y categorías fundamentales de los trabajadores migrantes y los profesionales afectados incluyen por tanto los siguientes (algunas de estas se reflejan en mayor detalle más adelante en esta contribución):

- El reciente procedimiento de la UE de una única solicitud de TCN, y el acceso a un conjunto común de derechos, incluidos los derechos de seguridad social (la llamada Directiva de permiso único de 2011).
- Categorías definidas de los trabajadores y profesionales migrantes, incluidos los trabajadores altamente cualificados de TCN, investigadores, solicitantes de asilo, víctimas de la trata de personas, y los migrantes que participan en los procedimientos de retorno a sus países de origen.
- Los residentes de larga duración.
- Los miembros de la familia de un ciudadano europeo
- Ampliación del Reglamento de la UE relativo a la coordinación de la seguridad social (Reglamento 883/1004) a los TCNs.
- Acuerdos bilaterales especiales con determinados países.

En gran medida se ha producido la extensión de la cobertura a los TCN

States are required, subject to the provisions of Article 307 EC, to comply with the obligations that Community law imposes on them. The fact that non-member countries, for their part, are not obliged to comply with any Community-law obligation is of no relevance in this respect⁹.

⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU) 2012/C 326/01.

sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales de los Estados miembros de la UE en el contexto del principio de coordinación de la seguridad social, y con sujeción a los principios que articulan el sistema de movimiento libre en la UE. El principio de coordinación de la seguridad social está dirigido principalmente a la eliminación de las restricciones que los sistemas de seguridad social nacionales imponen a tales derechos a la seguridad social de los trabajadores migrantes¹⁰. Como se ha señalado por Pennings, coordinación jurídica (de seguridad social) de la Unión Europea es especial en dos aspectos principales: 1) es parte de un orden jurídico especial y 2) este ordenamiento jurídico se ha creado principalmente para promover la libre circulación de personas, y para nuestro propósito esto se refiere a la libre circulación de los trabajadores. Así, el artículo 48 del TFUE, que da los poderes para adoptar medidas que sean “necesarias en el ámbito de la seguridad social para garantizar la libertad de circulación de los trabajadores” debe interpretarse a la vista de la libre circulación, en especial de los empleados, y no sólo como una disposición de coordinación técnica¹¹. Por supuesto, tiene que tenerse en cuenta que las normas de coordinación dejan intactos los sistemas nacionales y sólo sustituyen dichas normas donde son desventajosas para los trabajadores migrantes¹². El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado esto en numerosas ocasiones, haciendo hincapié en que las regulaciones de la UE que coordinan los sistemas de seguridad social de los Estados miembros no afecta en modo alguno la libertad de los Estados miembros para determinar el contenido de sus propios regímenes de seguridad social “siempre y cuando elementos transfronterizos no jueguen un rol”¹³. Esto es confirmado por la última normativa, a saber, el Reglamento (CE) n. 883/2004.

¹⁰ Pennings define la coordinación de la siguiente manera: “Las normas de coordinación son normas destinadas a ajustar los regímenes de seguridad social en relación con los demás (así como a los de otras normas internacionales), con el propósito de regular cuestiones transnacionales, con el objetivo de proteger la posición de la seguridad social de los trabajadores migrantes, los miembros de sus familias y grupos similares de personas”. Ver Pennings, F., *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Law International, 1993, p. 6.

¹¹ Pennings, F. “Coordination of Social Security within the EU Context” en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 117-132 (pp. 117, 118-119).

¹² Pennings, F., *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Law International, 1993, p. 7.

¹³ Ver Cornelissen, R., “50 Years of European Social Security Coordination”, *European Journal of Social Security*, n. 11, 2009, p. 17 y en los casos allí referidos allí.

El Reglamento de la UE 883/2004 es una extensa disposición legal que garantiza un gran alcance de portabilidad de las prestaciones de seguridad social y acceso a la seguridad social dentro de la Unión Europea¹⁴. El Reglamento, en relación con su Reglamento de aplicación, contiene normas detalladas relativas a la coordinación de los regímenes de seguridad social, que invocan los principios de coordinación, con referencia a (i) que determinan el régimen jurídico aplicable para regular el movimiento transfronterizo de la persona de que se trate y sus derechos y prestaciones adquiridos; (ii) el mantenimiento de los derechos de seguridad social/derechos adquiridos; (iii) la totalización o agregación de los períodos de cotización o de seguro, independientemente de donde se hicieron las cotizaciones; (iv) el pago de las prestaciones de seguridad social, independientemente del país de residencia (UE) (es decir, exportar las prestaciones); (v) el intercambio a prorrata de la responsabilidad por las instituciones de seguridad social de los países a los que se hicieron contribuciones, para pagar los beneficios; y (vi) la cooperación administrativa.

Como se indicó anteriormente, en varios aspectos, la extensión de la cobertura de la seguridad social a los nacionales de terceros países (TCN) se ha relacionado con los principios que subyacen en el régimen de libre circulación. Esto se desprende de la exigencia a menudo establecido en los instrumentos que regulan la extensión a los TCN, que el TCN debe tratar de cumplir el llamado “criterio de migración”. En cuanto a este criterio, que se cumpla la condición de que el TCN se debe haber movido entre dos o más Estados miembros de la Comunidad Europea, con el fin de calificar para el acceso y la portabilidad de las prestaciones de seguridad social¹⁵.

Dos específicos conductores de la extensión de la cobertura y protección a los TCN pueden ser identificados. El primero es que la extensión gradual de la protección de seguridad social a los trabajadores migrantes en la Unión Europea debe leerse a la luz de la revelación gradual de la dimensión de desarrollo de la migración en la UE. Desde una perspectiva instrumental, cuatro de los principales documentos de la UE representan un enfoque de desarrollo se pueden destacar. El primero es el Enfoque

¹⁴ Hay que señalar que el Reglamento 883 se acompaña de un reglamento de aplicación, es decir, el Reglamento 987/2009, sin la cual no era posible para dar efecto a las disposiciones del Reglamento 883.

¹⁵ Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres” en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 47-68 (p. 57).

Global de la Migración y la Movilidad (Global Approach to Migration and Mobility, GAMM), adoptada en 2011¹⁶. Uno de los cuatro pilares de las preocupaciones GAMM es “maximizar el impacto en el desarrollo de la migración y la movilidad”: los migrantes se colocan en el centro y sus derechos humanos han de ser integrados en todo el ciclo de migración¹⁷. Como se ha señalado, “un rasgo distintivo del GAMM es la medida en la que destacó la urgencia de la *necesidad de mejorar la eficacia de las políticas orientadas a la integración de los inmigrantes en el mercado laboral*. El potencial para una mayor inmigración legal impulsado por la demanda política combinada con la portabilidad de los derechos sociales y de pensión fueron identificados como medidas específicas que faciliten la migración circular creando al mismo tiempo un desincentivo para el trabajo irregular”¹⁸. El segundo es la comunicación de la UE denominada Maximizar el impacto en el desarrollo de la Migración, aprobada en 2013¹⁹. En este documento hizo hincapié en la importancia de proporcionar a los posibles migrantes información sobre los procedimientos de inmigración, sus derechos, y las condiciones económicas y sociales en el país deseado.

El tercer documento importante para los propósitos del tema de esta contribución es la Comunicación de la Comisión Europea (CE), de 2012, titulada *La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE*. Este documento señala que los migrantes y las empresas de terceros países, que en general ven a la UE como una sola entidad, se enfrentan los sistemas de seguridad social fragmentados que crean obstáculos en términos de entrar, moviéndose dentro y salir de la UE²⁰. Este sentido, subraya el caso de la promoción y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros de la UE de manera que se puede desarrollar un enfoque menos fragmentado de la coordinación de la seguridad social con terceros países. La coordinación de la seguridad social, la Comunicación indica, es un sistema de reglas destinadas a facilitar la movilidad de los trabajadores dentro de la UE y entre la UE y el resto del mundo. Se trató de dos maneras: “Por un lado, está el enfoque nacional,

¹⁶ COM (2011) 743 final.

¹⁷ Fudge, J., “Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive”, *International Journal of Comparative Labour Law*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 331-349 (p. 332).

¹⁸ *Ibid.*, pp. 340-341.

¹⁹ COM (2013) 292.

²⁰ European Commission (EC) *The External Dimension of EU Social Security Coordination* (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions) COM(2012) 153 final (30.3.2012) p. 1.

mediante el cual los Estados miembros hagan acuerdos bilaterales con terceros países seleccionados. Este enfoque es irregular: hay una red incompleta de los acuerdos, y convenios tienden a tener diferentes el contenido de un país a otro. Por otro lado, un enfoque común de la UE para la coordinación de la seguridad social con terceros países está desarrollando²¹.

También hay que mencionar la más reciente Agenda Europea de Migración²², que constituye en gran medida una reacción política para el aumento significativo de los migrantes que llegan a las fronteras europeas. La Agenda se refiere principalmente a la mejor gestión de la migración y destaca entre otros una nueva política en materia de migración legal. También hace hincapié en la maximización de los beneficios del desarrollo para los países de origen como un elemento final. No obstante, hay que tener en cuenta que los desafíos que enfrenta la gestión de aumento de los flujos migratorios a Europa también ponen de relieve la distinción inherente si no la tensión a nivel de la UE entre un enfoque que hace hincapié en el control de fronteras y la regulación de la inmigración, representada por la Dirección General (DG) Migración y Asuntos Internos, y uno que hace hincapié en el apoyo al desarrollo, representado por la Dirección General de Cooperación y el Desarrollo Internacional²³.

En cuanto al segundo conductor de la extensión de la cobertura ha habido un énfasis en hacer frente a las necesidades de la demanda, se centró en las clases específicas de los inmigrantes (económicos). Como se ha señalado por Fudge, “al mismo tiempo que la UE estaba desarrollando un enfoque de la migración que hizo hincapié en su relación con el desarrollo, la Comisión adoptó una nueva estrategia, una que esta dirigida a las clases específicas de los inmigrantes para favorecer su ambición de adoptar un plan de integración económica. Esto fluía por el hecho de que, como ya se ha señalado en un plan de política de 2005 de la UE para la migración legal, ciertos sectores habían estado experimentando una sustancial disminución de mano de obra y habilidades que no puedan ser cubiertas dentro de los mercados de trabajo nacionales (...)”²⁴. El objetivo era proporcionar a los Estados miembros con una oferta de trabajo,

²¹ Fudge, J., “Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive”, *International Journal of Comparative Labour Law*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 331-349 (p. 332).

²² COM(2015) 240 final.

²³ Ver también Fudge, J., “Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive” *International Journal of Comparative Labour Law*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 331-349 (p. 336).

²⁴ *Ibid*, pp. 337-338.

mientras que al mismo tiempo conceder de estatuto jurídico seguro y perspectivas de trabajo regular a determinadas categorías de trabajadores inmigrantes, en particular a los trabajadores altamente calificados, trabajadores estacionales, transferido entre empresas y aprendices remunerados²⁵.

2.2. Consejo Europeo

Los trabajadores migrantes en Europa pueden en principio también apoyarse en la protección proporcionada por los instrumentos desarrollados bajo los auspicios del Consejo de Europa. Configurado como un cuerpo para encabezar el proceso de construcción europea, el Consejo de Europa se ha convertido en la principal organización del continente en material de derechos humanos. Cuenta con 47 Estados miembros, 28 de los cuales son miembros de la Unión Europea²⁶.

Instrumentos destinados a regular la posición de la seguridad social de los nacionales de los Estados miembros del Consejo que se trasladan a otros Estados miembros, incluyen el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 1953, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, la Convención Europea para la Seguridad Social de 1972, y la Carta Social Europea de 1961.

De aumentar, aunque todavía modesta, la importancia es también el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), a pesar del hecho de que el CEDH se refiere principalmente a los derechos civiles y políticos. Este es uno de los instrumentos fundamentales adoptados por el Consejo de Europa y ha sido ratificado por todos los 47 Estados miembros de Europa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se creó para examinar supuestos violaciones y asegurar el cumplimiento por los Estados de sus compromisos en virtud del Convenio. El artículo 14 de la Convención es de particular importancia.

Esta disposición, que es esencialmente un derecho accesorio, garantiza el disfrute de los derechos y libertades enunciados en la Convención, sin discriminación de ningún tipo, en particular sobre la base del origen nacional o social, nacimiento de otra condición: por lo tanto, la nacionalidad es un motivo prohibido para la elaboración de distinción. La Convención no protege de esta manera los derechos a la seguridad social.

²⁵ *Ibid*, p. 338.

²⁶ Ver <http://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>, página web visitada el 16 de julio de 2016.

Sin embargo, dada la importancia de la disposición contra la discriminación incorporado en el artículo 14, el acceso a la seguridad social se ha garantizado a través del impacto de esta disposición sobre otras disposiciones sustantivas de la Convención. El impacto de la seguridad social, con especial importancia para los trabajadores migrantes, se ha hecho evidente en los siguientes contextos, algunos de los cuales se discuten con más detalle más adelante en esta contribución²⁷:

- Protección de la propiedad, sobre la base de los cuales los derechos de seguridad social, se han considerado como “propiedad”.
- La igualdad de trato en la prestación de asistencia sanitaria.
- Prohibición de la discriminación por nacionalidad.
- Prohibición de principio de diferenciación sobre la base de su estatus migratorio (es decir, la diferenciación entre las diferentes categorías de migrantes).
- Prohibición de principio de diferenciación en función de la situación de residencia (es decir, cuando el migrante reside en un país distinto de aquel beneficios de concesión).
- Trato preferencial a los ciudadanos de una comunidad regional.
- Protección contra la miseria.
- Protección contra la mala salud.

3. Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea y el Consejo de Europa

3.1. Unión Europea

A través de diversos instrumentos específicos de protección de la seguridad social se ha extendido a los trabajadores migrantes en la UE - principalmente en forma de directivas y un reglamento particular. La extensión de las disposiciones de seguridad social de la UE ha sido gradual, que abarca un número creciente de categorías de nacionales de terceros países (TCN); y ha sido informado por los impulsores de políticas/principios indicados anteriormente, y en particular por la política común de inmigración de la UE que figura en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (véase el artículo 79):

“La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a

²⁷ Ver Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83.

garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.

3.1.1. Los residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE)

En términos de la Directiva del Consejo 2003/109/CE²⁸, los trabajadores migrantes que han adquirido el carácter de residencia de larga duración en los Estados miembros de la UE son capaces de reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales de esos países. Deben cumplir con los criterios de la condición de residencia de larga duración: un mínimo de cinco años de duración de la residencia en el Estado de acogida; recursos estables; y un seguro médico adecuado. Los residentes de larga duración se les conceda la igualdad de trato con respecto a seguros sociales, a la asistencia social y a la protección social en su país de acogida de la UE. Es importante destacar que, a diferencia de la posición aplicable a los trabajadores migrantes a los que las disposiciones del instrumento de coordinación central, el Reglamento 883/2004, se ha ampliado (véase más adelante), no se requiere de residentes de larga duración que hayan migrado *dentro* de la Unión Europea para ser capaz de reclamar la igualdad de trato y las prestaciones de los acuerdos de coordinación.

Por lo tanto, el llamado criterio de migración, se discutió anteriormente, no es aplicable a estos trabajadores migrantes con permiso de residencia permanente. Sin embargo, existe una restricción fundamental: el estatus de residencia de larga duración termina una vez que el TCN permanece fuera del Estado miembro durante más de 12 meses. Por consiguiente, la Directiva 2003/109/CE no ayuda a los trabajadores migrantes que han regresado a sus países de origen y que solicitan prestaciones de seguridad social en virtud de la legislación de sus antiguos países de residencia de la UE²⁹.

²⁸ Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

²⁹ Ver Vonk, G., “Social security protection of migrants from outside Europe” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 446-467 (p. 456).

3.1.2. Un miembro de la familia de un ciudadano de la UE

De acuerdo con la Directiva 2004/38/CE³⁰ los miembros de la familia³¹ de un ciudadano europeo pueden confiar en la protección de la norma de no discriminación, con independencia de su nacionalidad. Sin embargo, de acuerdo con la Directiva, ciertas condiciones que deben cumplirse por los miembros de la familia y el ciudadano europeo, respectivamente. Entre estos, el miembro de la familia tiene que residir en el territorio del Estado miembro. Por lo tanto, miembros de la familia TCN que han regresado a sus países de origen no son susceptibles de protección. El ciudadano europeo debe ser calificado como una persona que ejerce el derecho a la libertad de movimiento entre dos o Estados miembros, en otras palabras, el criterio de migración (discutido anteriormente) tiene que ser satisfecho. Por consiguiente, la Directiva opera en el marco del principio de libertad de movimiento. Por ejemplo, en *Poirrez v CAF*,³² el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) sostuvo que una manera de discapacidad infantil que Costa de Marfil había sido adoptado por un padre francés no podía basarse en el principio de no discriminación sobre la base de ser un miembro de la familia, con el fin de reclamar una prestación francesa para personas discapacitadas. La razón es que el padre francés siempre ha vivido en Francia, y no se había movido entre al menos dos Estados miembros de la UE. Sin embargo, se ha de señalar que el “criterio de migración” no se requiere bajo el régimen legal relativo a la no discriminación por razón de la nacionalidad, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por lo tanto, como veremos más adelante, algunos años después, en 2003, la afirmación de *Poirrez* fue finalmente reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³.

³⁰ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

³¹ De acuerdo con el Article 2(2) de la Directiva, “Miembro de la familia” concluye : a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

³² Case C-206/91 *Poirrez v CAF* [1992] ECR I-06685.

³³ Véase *Koua Porrez v France* App no 40892/98 (ECHR, 30 September 2003).

3.1.3. Categorías definidas de los trabajadores migrantes y profesionales. Dos ejemplos recientes

La Directiva sobre trabajadores estacionales (Directiva 2014/36) establece explícitamente que los trabajadores de temporada tienen que ser tratados por igual que los nacionales, respecto de al menos nueve categorías específicas de derechos³⁴. La igualdad de acceso a las prestaciones de seguridad social previstos en el Reglamento CE 883/2004 está garantizada, aunque las prestaciones familiares y las prestaciones de desempleo pueden ser excluidos por los Estados miembros. Portabilidad de las pensiones legales se proporciona de forma explícita - se prevé específicamente en el artículo 23 que los trabajadores estacionales migrantes tienen derecho a recibir las prestaciones legales derivadas del empleo anterior de los trabajadores al trasladarse a un tercer país.

Del mismo modo, en términos de la Directiva 2016/801³⁵, en relación con, entre otros investigadores y estudiantes migrantes, establece la igualdad de acceso a las prestaciones de seguridad social previstos en el Reglamento CE 883/2004. Sin embargo, los beneficios de la familia pueden ser excluidos.

3.1.4. Trabajadores de TCN Altamente Calificados (Directiva 2009/50)

Estos trabajadores y sus familiares pueden beneficiarse, también en términos de seguridad social, de las disposiciones de la llamada Directiva de la Tarjeta Azul 2009/50/CE³⁶. Como se ha señalado, “La Directiva

³⁴ Directive 2014/36/EU on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, art 23.

³⁵ Directive (EU) 2016/801 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast).

³⁶ Directiva del Consejo 2009/50/EC de 25 de Mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. De acuerdo al Párrafo 7 del Preámbulo, La presente Directiva pretende contribuir a alcanzar esos objetivos y a combatir la escasez de mano de obra mediante la admisión y la movilidad – para fines de empleo altamente cualificado – de nacionales de terceros países para estancias superiores a tres meses, a fin de que la Comunidad se convierta en un destino más atractivo para estos trabajadores procedentes de todo el mundo, y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico. Para alcanzar estos

sobre la tarjeta azul 2009/50/CE establece un régimen para la entrada y estancia de los *trabajadores de terceros países altamente cualificados*. No sólo se les dará a estos trabajadores el acceso al mercado de trabajo, sino que también tienen derecho a iguales condiciones de trabajo y seguridad social (artículo 14). Sin embargo, el titular de la tarjeta azul desempleado sólo goza de esta protección por duración limitada (artículo 13), mientras que la igualdad de trato en el “procedimientos de acceso al alojamiento” puede estar restringida (artículo 14 (2))³⁷.

3.1.5. Extensión del Reglamento 883/2004 a los TCN, sus familias y sobrevivientes a través Reglamento 1231/2010

Sobre la base de las disposiciones de la política de inmigración del TFUE, en particular el artículo 79 del TFUE, el funcionamiento del Reglamento de la UE de coordinación, el Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación, el Reglamento 987/2009, se ha extendido a los TCN. Esto se ha logrado a través de la adopción del Reglamento 1231/2010³⁸, lo que confirma la posición ya adoptada en virtud de las versiones anteriores de estos Reglamentos. El artículo 1 del Reglamento 1231/2010 establece lo siguiente:

“El Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro”.

Sin embargo, no todos los Estados miembros de la UE están vinculados

objetivos es necesario facilitar la admisión de trabajadores altamente cualificados y de sus familias mediante el establecimiento de un procedimiento de admisión abreviado y reconociéndoles unos derechos económicos y sociales iguales a los que disfrutaban los nacionales del Estado miembro anfitrión en una serie de ámbitos.

³⁷ Vonk, G., “Social security protection of migrants from outside Europe” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 446-467 (p. 456).

³⁸ Regulation (EU) n. 1231/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 extending Regulation (EC) No 883/2004 and Regulation (EC) n. 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the ground of their nationality.

por estas disposiciones, las normas relevantes del TFUE en las que se basa el Reglamento no obligan al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, a menos que estos países aceptan expresamente la normativa basada en el artículo. Además, se requiere la residencia legal en el Estado miembro de la UE. Por otra parte, se aplica el criterio de migración, por lo tanto, la persona interesada debe haberse movido entre al menos dos Estados miembros de la UE, en cuanto a su lugar de trabajo o residencia.

3.1.6. Procedimiento de solicitud único de la UE (UE Directiva de Permiso Único 2011/98)

La Directiva de la UE sobre el permiso único³⁹ ofrece un importante ejemplo de una disposición supranacional, que obliga a los países de acogida (es decir, los Estados miembros de la UE) para extender tanto la legislación laboral y la protección de la seguridad social a los inmigrantes en situación legal migrantes, en principio, sobre la misma base de la protección concedida sus propios nacionales. Esto es de particular importancia para los trabajadores migrantes que residan legalmente en la UE. La presente Directiva establece un procedimiento único de solicitud para los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro, junto con un conjunto común de derechos (incluyendo, condiciones decentes esenciales de trabajo y el acceso a la seguridad social) para los trabajadores de terceros países que *legalmente residen* en un Estado miembro⁴⁰. A los TCN se conceden específicamente el tratamiento de igualdad con los nacionales de la UE en cuestiones relativas a salario y despido, salud y seguridad en el trabajo, el derecho a afiliarse a sindicatos, y el acceso a bienes y servicios públicos, si están trabajando legalmente en Europa⁴¹. El tratamiento igualitario también está previsto en cuanto a la seguridad social, con algunas restricciones, como que a los Estados miembros se les permite aplicar restricciones en el ámbito de la seguridad social a los trabajadores de terceros países con

³⁹ Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State.

⁴⁰ Artículo 12 de la Directiva. Ver Migration Policy Group “EU Single permit Directive granting third-country workers rights passes final hurdle”, en *Migration News Sheet* (undated) visitado en <http://www.migrationnewsheet.eu/eu-single-permit-directive-granting-third-country-workers-rights-passes-final-hurdle>, visitado el 18 de Agosto de 2016.

⁴¹ *Ibid.*

contratos de duración inferior a seis meses. Por otra parte, no sólo esta directiva se establece la igualdad de trato para los inmigrantes laborales que reclaman los derechos de seguridad social en la UE, sino que también prevé la totalización de períodos de seguro y requiere beneficios puedan ser exportados fuera de la Unión en las mismas condiciones que las que se aplican a los nacionales de los Estados miembros⁴². La Directiva garantiza esencialmente, con referencia al principio de empleo legal, que “todas las personas que trabajan legalmente en Europa deben tener los mismos derechos que los trabajadores europeos”⁴³. Sin embargo, se aplican algunas restricciones, como que los Estados miembros están autorizados a aplicar restricciones en el ámbito de la seguridad social a los trabajadores de terceros países con contratos de duración inferior a seis meses.

3.2. Consejo Europeo

La Convención es relevante para los trabajadores migrantes en Europa, incluidos los trabajadores migrantes temporales no cubiertos o solo en parte por los acuerdos de seguridad social de la UE, o que emigraron a países europeos distintos de los Estados miembros de la UE. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es cada vez más de importancia en el ámbito de la seguridad social, aunque se ha sugerido que ha habido una modesta protección de los derechos de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴:

“A pesar de que el CEDH se refiere principalmente a los derechos civiles y políticos, un desarrollo hacia una mayor protección de los intereses de la seguridad social se puede detectar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El enfoque de la Corte es prudente. Da a los Estados un amplio margen de apreciación en la modificación de los regímenes de seguridad social o retirando prestaciones de seguridad social, deja espacio a los estados para hacer gradualmente ajustes en sus sistemas de seguridad social, para entrar en convenios bilaterales de seguridad social y para retener los beneficios de la seguridad social de los migrantes que se encuentren ilegalmente, y hace a los estados responsables por malas condiciones de vida sólo si esta responsabilidad también existe en la

⁴² Artículo 12 (4).

⁴³ Migration Policy Group 1.

⁴⁴ Slingenberg, L. “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83 (p. 82).

legislación nacional. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte indicó que los estados tuvieron que cambiar el ámbito de aplicación personal de sus regímenes de seguridad social (por ejemplo, para incluir a los extranjeros y no residentes o eliminar las diferencias entre hombres y mujeres) o han tenido que proporcionar beneficios a vulnerables solicitantes de asilo presentes en su territorio. Además, la jurisprudencia deja espacio para una protección más amplia de los intereses de la seguridad social por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el futuro. Cuando al examinar los estándares jurídicos europeos para el diseño de los sistemas nacionales de seguridad social, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debe, por lo tanto, pasar por alto”.

Como se mencionó anteriormente, la protección de la seguridad social se ha extendido a los migrantes a través de la aplicación de la disposición contra la discriminación contenida en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (CEDH). La discusión a continuación refleja brevemente el impacto de esta disposición en la extensión de la protección en relación con los tres contextos distintos, a saber, protección de la propiedad; la diferenciación sobre la base de su estatus migratorio; y la diferenciación en función de la situación de residencia.

3.2.1. Protección de la propiedad. Los derechos de seguridad social, considerados como “propiedad”

Es en el marco de la aplicación de la Convención de la protección de la propiedad⁴⁵ en relación con el acceso a la seguridad social de los trabajadores migrantes que se debe tomar nota de la sentencia *Gaygusuz*,⁴⁶ así como sentencias posteriores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este caso se refería a la negativa de la llamada asistencia de emergencia, una especie de asistencia social austriaca, al señor *Gaygusuz*, sobre la base de que él no tenía la nacionalidad austriaca, pero en lugar de nacionalidad turca. La Corte sostuvo que, puesto que el beneficio de emergencia estaba relacionado con el pago de las contribuciones a un

⁴⁵ Artículo 1 del Primer Protocolo de la Convención, que es parte del acuerdo de adhesión. El artículo 1 del Protocolo se ocupa de la protección de la propiedad, y estipula que “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”.

⁴⁶ *Gaygusuz v Austria* Case No. 39/1995/545/632, *Reports* 1996-IV, 1129.

seguro de desempleo austriaco, este beneficio se calificó para ser visto como comprendido en el ámbito de la protección de la propiedad disponible bajo la Convención⁴⁷. Varios principios importantes evolucionaron a partir de esta y las siguientes sentencias de la Corte:

- La implicación del caso *Gaygusuz* y sentencias posteriores es que el Tribunal estaba dispuesta a considerar los beneficios de la seguridad social como posesiones⁴⁸, y por lo tanto sujeto a la protección de la propiedad de la Convención, y la prohibición de la discriminación por razones de nacionalidad.
- También, como se ha confirmado en la jurisprudencia posterior del Tribunal Europeo⁴⁹, la Seguridad Social cae bajo el alcance de la disposición protección de la propiedad de la Convención, “[c]uando una persona tiene un derecho resuelto bajo la jurisdicción interna de un beneficio de bienestar. Esto significa que, independientemente de la forma en que una determinada prestación se financia, si se trata de un régimen que establece el pago de las prestaciones de pleno derecho, el artículo 1 del Protocolo nº 1 es aplicable a las prestaciones en cuestión”⁵⁰.
- Fluye desde el caso *Gaygusuz* y las posteriores sentencias del Tribunal que, si bien se podría esperar de los trabajadores migrantes en cuestión el satisfacer los requisitos legales para acceder a una prestación de seguridad social (por ejemplo, una condición que requiere de la

⁴⁷ El vínculo, aunque sea un indirecto, fue creado por el hecho de que de que la ayuda de emergencia era pagadero únicamente después de que el derecho a prestaciones de desempleo (contributivo) había expirado.

⁴⁸ Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, p. 23-83, (p 55).

⁴⁹ Ver en particular *Stec and others v the United Kingdom* App n°s 65731/01 y 65900/01 (ECHR, 6 Julio 2005), donde la Corte sostuvo “The Court’s approach to Article 1 of Protocol No 1 should reflect the reality of the way in which welfare provision is currently organised within the Member States of the Council of Europe. It is clear that within those States, and within most individual States, there exists a wide range of social security benefits designed to confer entitlements which arise as of right. Benefits are funded in a large variety of ways: some are paid for by contributions to a specific fund; some depend on a claimant’s contribution record; many are paid for out of general taxation on the basis of a statutorily defined status (...). Given the variety of funding methods, and the interlocking nature of benefits under most welfare systems, it appears increasingly artificial to hold that only benefits financed by contributions to a specific fund fall within the scope of Article 1 of Protocol No 1. Moreover, to exclude benefits paid for out of general taxation would be to disregard the fact that many claimants under this latter type of system also contribute to its financing, through the payment of tax.”

⁵⁰ Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83 (p. 56).

persona afectada que han contribuido, o para han residido en el país de destino, por un período de tiempo), estas mismas condiciones no pueden ser discriminatorias⁵¹.

- Asimismo, el Tribunal dejó en claro que “razones de mucho peso tendrían que ser presentado ante el Tribunal podría considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en razón de la nacionalidad que sea compatible con la Convención”.
- El enfoque anterior también ha sido adoptado en sentencias posteriores. *Koua Porrez v Francia*⁵² en relación a la solicitud de un nacional de Costa de Marfil para una asignación de los adultos con discapacidad en virtud de un sistema de prestación social francesa. Una vez más, el tribunal sostuvo que “muy poderosas razones” tienen que ser presentadas antes de que pudiera considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad que sea compatible con la Convención. Se tuvo en cuenta entre otros que el Sr. Poirrez era residente legal en Francia y satisfizo todos los demás requisitos legales para acceder a la prestación⁵³.

También, como se ha señalado, “la afiliación obligatoria y las contribuciones obligatorias a un régimen determinado de la seguridad social pueden dar lugar a una expectativa legítima para tener derecho al pago de las prestaciones bajo ese régimen”⁵⁴.

3.2.2. La diferenciación sobre la base de su estado migratorio (es decir, la diferenciación entre las diferentes categorías de migrantes)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la prohibición de la discriminación incorporado en el artículo 14 de la Convención, en principio también se aplica a la situación de inmigración⁵⁵. Teniendo presentes las circunstancias individuales de la persona interesada y la escasez de servicios públicos, un estado puede reducir los beneficios

⁵¹ *Ibid*; ver *Stec and others v the United Kingdom* App n. s 65731/01 y 65900/01 (ECHR, 6 Julio 2005); *Ravis v Austria* App n. 2626/05 (FCHR, 13 Marzo 2012), par 61.

⁵² App n. 40892/98 (ECHR, 30 September 2003). Ver también *Luczak v Poland* App n. 77782/01 (ECHR, 27 Noviembre 2007) y *Andrejeva v Latvia* App n. 55707/00 (ECHR, 18 Febrero 2009).

⁵³ Slingenbergh, L. “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83 (p. 63).

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 23-83 (p. 57).

⁵⁵ Ver *Bob v The United Kingdom* App n. 56328/07 (ECHR, 27 Septiembre 2011).

en relación a corto plazo y los inmigrantes ilegales *quienes que, por regla general, no contribuyen a su financiación*⁵⁶.

3.2.3. La diferenciación en base a la situación de residencia (es decir, la residencia en un país distinto del que concede beneficios)

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la cuestión de si un país europeo podría discriminar a una persona que reside en un país diferente de aquel de la concesión de prestaciones de seguridad social puede ser de importancia para los trabajadores migrantes temporales también. De acuerdo con la CEDH, varios factores son relevantes, en particular:

- Si una persona trabajó y contribuyó a un régimen de seguridad social en el país de destino. En *Pickbur v Ucrania* (2013) el Tribunal de Justicia sostuvo⁵⁷:

“El aumento de la movilidad de la población, los niveles más altos de la cooperación internacional y la integración, así como la evolución en el ámbito de los servicios bancarios y tecnologías de la información ya no justifican las restricciones técnicas motivados que en gran medida en relación de los beneficiarios de los pagos de seguridad social para lo que viven en el extranjero, los que pueden haber sido considerado razonables en la década de 1950 cuando la Convención de 1952 de la OIT [n. 102] (...) se redactó”

- El objetivo del régimen de seguridad social en particular, por ejemplo, la no ampliación de las pensiones *uprated* a no residentes podría justificarse sobre la base de la necesidad de garantizar un nivel mínimo de vida para las personas en, por ejemplo, el Reino Unido⁵⁸.

Por lo tanto, la negación de prestaciones de seguridad social debe ser objetiva y razonablemente justificada⁵⁹.

⁵⁶ *Ponomaryovi v Bulgaria* App n. 5335/05 (ECHR, 21 Junio 2011) par 54.

⁵⁷ *Pickbur v Ukraine* App n. 10441/06 (ECHR, 7 Noviembre 2013). Sobre un efecto similar, ver *Efe v Austria* App n. 9134/06 (ECHR, 8 Enero 2011).

⁵⁸ *Carson and other v The United Kingdom* App n. 42184/05 (ECHR, 16 Marzo 2010).

⁵⁹ Slingenberg, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 23-83 (p. 70).

4. Conclusiones

Se sugiere que estos desarrollos europeos deben tener algún valor moral y persuasivo para el contexto de Australia. Teniendo en cuenta la importancia del control de la inmigración y las demandas del mercado de trabajo local, estos acontecimientos reflejan un creciente reconocimiento de la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores migrantes, incluso los trabajadores migrantes de corto plazo. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y el CEDH se desprende que la protección en el sentido de la palabra seguridad social se ha basado en motivos sensibles al contexto reconocidos, por ejemplo, una residencia regular / residencia legal / empleo regular, vinculados a un enfoque basado en los derechos. Además, estos acontecimientos también proporcionan alguna autoridad para la opinión de que la migración temporal por trabajo de una manera significativa a corto plazo puede justificar la exclusión o acceso limitado a las prestaciones de seguridad social. Sin embargo, otras consideraciones también son relevantes, por ejemplo, si el trabajador inmigrante en cuestión contribuye a la provisión de seguridad social o es / tiene que estar asociado con un régimen de seguridad social. De importancia no es sólo el acceso a las prestaciones de seguridad social, sino también el funcionamiento de los principios de coordinación de (otra) seguridad social, incluyendo la portabilidad de los beneficios y totalización de las contribuciones.

5. Bibliografía

- Boucher, A. y Carney, T., "Social Security for Migrant Workers and their Families in Australia", en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013 pp. 187-214.
- Cornelissen, R., "50 Years of European Social Security Coordination", *European Journal of Social Security*, n. 11, 2009.
- Fudge, J., "Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, vol. 31, n. 3, pp. 331-349.
- Mares, P., Temporary Migration Is a Permanent Thing, *Inside Story*, 29 March 2013, véase <http://insidestory.org.au/temporary-migration-is-a-permanent-thing>.

- Orloff A.S., *Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States*, 1993, pp 303-328.
- Pennings, F., “Coordination of Social Security within the EU Context”, en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 117-132.
- Pennings, F., “Introduction to European Social Security Law”, Kluwer, *Law International*, 1993.
- Saraceno, C., “Social Inequalities in Facing Old-Age Dependency: A Bi-generational Perspective”, 20 *Journal of European Social Policy*, 2010, pp. 32-44.
- Slingenberg, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015 pp. 23-83.
- Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres” en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 47-68.
- Vonk, G., “Social security protection of migrants from outside Europe” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 446-467.

Consejo Europeo

- European Code of Social Security of 1964
- European Convention on Human Rights of 1950 (ECHR).
- European Convention on Social and Medical Assistance of 1953.
- European Convention on Social Security of 1972.
- European Social Charter of 1961.

Unión Europea

- Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment.

Directive (EU) 2016/801 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast).

Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State.

Directive 2014/36/EU on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers.

European Agenda on Migration COM(2015) 240 final.

Global Approach to Migration and Mobility COM(2011) 743 final.

Maximising the Development Impact of Migration COM (2013) 292.

Regulation (EU) no 1231/2010 on extending Regulation (EC) No 883/2004 and Regulation (EC) No 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the ground of their nationality.

Regulation 883/2004.

Regulation 987/2009.

The External Dimension of EU Social Security Coordination COM (2012) 153 final.

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 2012/C 326/01.

Jurisprudencia

Carson and other v The United Kingdom App n° 42184/05 (ECHR, 16 Marzo 2010).

Poirrez v CAF [1992] ECR I-06685.

Gaygusuz v Austria Case n.. 39/1995/545/632, Reports 1996-IV, 1129.

Golovcenco v. Centrelink 5(10) SSR 138; [2003] FCA 527 BC200302694.

- Gottardo v Instituto nazionale della previdenza sociale (INPS) ECJ Enero 2002, n. C-55/00.
- Stec and others v the United Kingdom App n. 65731/01 and 65900/01 (ECHR, 6 Julio 2005).
- Koua Porrez v France App n. 40892/98 (ECHR, 30 Septiembre 2003).
- Luczak v Poland App n. 77782/01 (ECHR, 27 Noviembre 2007).
- Andrejeva v Latvia App n. 55707/00 (ECHR, 18 Febrero 2009).
- Efe v Austria App n. 9134/06 (ECHR, 8 Enero 2011).
- Ponomaryovi v Bulgaria App n. 5335/05 (ECHR, 21 Junio 2011).
- Boh v The United Kingdom App n. 56328/07 (ECHR, 27 Septiembre 2011).
- Ravis v Austria App n. 2626/05 (ECHR, 13 Marzo 2012).
- Pickhur v Ukraine App n. 10441/06 (ECHR, 7 Noviembre 2013).

Web sites

<http://insidestory.org.au/temporary-migration-is-a-permanent-thing>

<http://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>

<http://www.migrationnewssheet.eu/eu-single-permit-directive-granting-third-country-workers-rights-passes-final-hurdle> (Migration Policy Group “EU Single permit Directive granting third-country workers rights passes final hurdle” in Migration News Sheet (undated))

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo