

ELS DRETS SOCIALS DELS EMIGRANTS

Gonzalo Maestro Buelga*

Sumari

1. Introducció
2. L'estatut iusfonamental de l'emigrant: el punt d'arribada
3. El treball com a via d'accés als drets socials dels emigrants
4. Les llibertats socials dels emigrants
5. Els drets socials prestacionals
6. A tall de conclusions: algunes observacions finals

* Gonzalo Maestro Buelga, professor de dret constitucional de la Universitat del País Basc, Departament de Dret Constitucional i Història del Pensament i dels Moviments Socials i Polítics, Facultat de Ciències Socials i de la Comunicació, Campus de Leioa, B° Sarriena. 48940 Leioa (Biscaia).

Article rebut el 3.12.2009. Avaluació cega: 11.12.2009. Data d'acceptació de la versió final: 18.01.2010.

1. Introducció

Afrontar la qüestió dels drets socials dels emigrants és endinsar-se en un camp de contradiccions que no fa sinó incrementar-se amb la pressió a què els sotmeten les circumstàncies actuals. Aquestes ens recorden que els drets socials configuren un espai constitucional minoritzat, afectats per la seva vinculació amb el mercat,¹ que n'augmenta la dimensió conflictual. A més, actuen sobre un subjecte especialment dèbil, la qual cosa aprofundeix encara més, en aquest cas, el seu estatus jurídic subordinat.

Qualsevol reflexió sobre els drets socials, especialment si ens referim als emigrants, ha de partir d'aquesta dada, perquè només d'aquesta manera resulta comprensible la configuració dels drets esmentats en aquest col·lectiu.

Els drets socials, tal com els acull el constitucionalisme social, tenen una dimensió doble: garantista i conflictual. La primera recolza en la normativitat constitucional i ha permès construir un nivell de garantia que, en alguns moments, s'ha manifestat jurisprudencialment² i doctrinalment³ amb una certa fortalesa, però que, en general, ha assumit caràcters febles, on predomina la disponibilitat del legislador i el seu vincle limitat. La segona es refereix a la introducció de la disponibilitat política del dret dins l'estructura d'aquest, que es vincula al resultat del conflicte politicosocial. Certament l'article 53.3 CE simbolitza el punt d'arribada normatiu i jurisprudencial d'aquesta dimensió. En el dret comparat, la mediació normativa imposada per a l'eficàcia del dret és menys visible, encara que es construeixen fórmules que operen amb el mateix efecte. N'hi ha prou amb veure la construcció jurisprudencial alemanya sobre la «clàusula de reserva del possible»,⁴ que desplega els seus efectes especialment en aquest àmbit a l'hora d'establir la disponibilitat política del dret, o la mateixa distinció, en la doctrina italiana, entre els drets socials condicionats i incondicionats.⁵ Aquestes fórmules no fan sinó traduir jurídicament el caràcter distributiu dels drets socials.

Si els drets socials són drets constitucionals febles, aquesta característica s'intensifica en el cas dels emigrants. La dimensió subjectiva afecta el contingut d'aquests drets. L'article 13.1 CE desplega efectes més intensos en relació amb els drets socials, com ens va recordar aviat la nostra jurisprudència constitucional.⁶ Amb independència de la licitud de sostenir encara una distinció conceptual entre drets de llibertat i drets socials⁷ i de l'evident funcionalitat entre ambdós,⁸ el cert és que l'estrangeria obre constitucionalment un espai de disposició legislativa dels drets que n'augmenta la debilitat.

En matèria de drets socials assistim a l'obertura constitucional cap a una doble reexpedició normativa; els drets socials dels emigrants acusen, així, l'accentuació de la seva configuració legal.

¹ Barcellona, P., «Diritti sociali e Corte costituzionale», a *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1994, núm. 3, p. 325 i seg.; Greco, R., «Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale», a *Questione Giustizia*, 1994, núm. 2-3, p. 253 i seg.

² Vegeu la sentència del Tribunal Constitucional Federal alemany sobre els números *clausus* a la universitat de 1972 i la sentència de la Cort Constitucional italiana núm. 240/1994.

³ Baldassarre, A., «Diritti sociali», a *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, vol. XI, p. 1-34; Luciani, M., «Sui diritti sociali», a *Democrazia e Diritto*, 1994, núm. 4, p. 545 i seg.; en menys grau Cruz Villalón, P., «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», a *Estudios sobre el Estado social* (G. Cámara i J. Cano eds.), Tecnos, Madrid, 1993, p. 98 i seg.

⁴ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 352 i seg.

⁵ Baldassarre, A., *op. cit.*

⁶ Vegeu la STC 107/1984.

⁷ Monereo, J. L. i Molina Navarrete, C., «Los derechos de los emigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma "pactada"», a *Lan Harremanak*, 2003, núm. 1, p. 99 i seg.

⁸ García Macho, R., «Els drets fonamentals socials i el dret a l'habitatge com a drets funcionals de llibertat», a *Revista Catalana de Dret Públic*, 2009, núm. 38, p. 67 i seg.

La lògica que incorporen aquests drets és una lògica de rendibilitat. L'emigrant productiu es pot inserir en l'espai d'iusfonamentalitat dels drets socials perquè aquesta inserció es resol favorablement o n'atenua el cost distributiu.

El problema dels drets dels estrangers a Espanya s'ha plantejat, des de la perspectiva constitucional, fonamentalment en relació amb les exigències de regularitat administrativa com a requisit per al gaudi d'aquests drets. Encara que aquesta és una qüestió central, en la qual ens aturarem més endavant, mereix alguna reflexió la tensió entre control i integració que incorpora la regulació més recent dels drets dels estrangers.

Certament, les raons que expliquen l'emigració són múltiples⁹ i, sens dubte, complementàries; les que millor contribueixen a explicar les tendències en la normativa sobre migració són les anomenades teories del mercat de treball dual.¹⁰ La immigració contribueix a la fragmentació del mercat de treball, debilita el treball en la seva relació amb el capital. La dualització del mercat de treball és una necessitat estructural del capitalisme i aquesta necessitat és la que produeix l'efecte de crida en els corrents migratoris. Resulta evident que la globalització ha distorsionat els efectes de la dualització del mercat de treball, que ara s'expressen, a més de la seva manifestació tradicional, amb altres formes, però els efectes se'n mantenen. La dualització, amb la creació d'una mà d'obra disponible i en condicions pitjors que les dels treballadors nacionals, es veu afavorida per les polítiques que accentuen el control davant la integració. La il·legalitat administrativa aprofundeix la precarietat jurídica de l'emigrant i intensifica la dualitat.

Les tendències més recents en matèria d'immigració accentuen el moment del control, tant en el dret comunitari¹¹ com en el nacional. La irregularitat *de facto* apareix no com un problema eliminable, sinó gestionable des de tècniques de control que incrementen la debilitat de l'emigrant i restringeixen el seu patrimoni iusfonamental. En la situació actual, la crisi econòmica actua extremant el control que, a més de propiciar un discurs nacionalitzador i de tutela d'allò propi, aguditza la precarietat de l'emigrant. La connexió que la jurisprudència constitucional recent¹² ha establert entre dignitat de la persona i regularitat administrativa, malgrat les valoracions positives que ha suscitat, no s'ha traslladat a l'àmbit dels drets socials. En aquests la dignitat no arriba a determinar un espai de protecció social que és inherent a la persona, sinó que continua imperant la lògica de la rendibilitat econòmica. La regularitat administrativa, bàsicament, continua funcionant com a requisit d'accés als drets socials, possibilitada per una construcció dels drets en la qual es vincula la dignitat no tant a les condicions d'existència com a una concepció de la llibertat que no traspasa aquesta frontera. Les llibertats socials són el llindar màxim al qual s'han estès aquests drets, però romanen fora de la protecció social.

Dos advertiments previs per al desenvolupament de treball. El primer és que, encara que hi ha alguna especificitat, no ens referirem a l'estatut jurídic de l'estranger comunitari; el segon és que l'objecte d'atenció preferent seran els emigrants en situació irregular, ja que és en aquest col·lectiu on es presenten els problemes

⁹ Massey, D. S.; Arango, J.; Hugo, G.; Kouaouci, A.; Pellegino, A. i Taylor, J. E., «Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación», a *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, núm. 10, p. 345 i seg.

¹⁰ Castles, S. i Godula, K., *Los trabajadores inmigrantes y la estructura de clases en la Europa occidental*, Fondo de Cultura Económica, Mèxic, 1984; Piore, M. J., *Birds of passage. Migrant labor and industrial societies*, Cambridge U. Press, Nova York, 1979. També, del mateix autor, «Dualism as a response to flux and uncertainty», a *Dualism and discontinuity in industrial societies* (Berger i Piore eds.), Cambridge U. Press, 1980, p. 23 i seg.

¹¹ Vegeu la Directiva 2008/115 del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre, relativa a les normes i els procediments comuns als estats membres per al retorn dels nacionals de països tercers en situació irregular.

¹² Vegeu les STC 236, 259 i 265/2007.

constitucionals més transcendents i els que interessa analitzar. Els emigrants en situació regular (amb permís de residència i de treball) tenen, en essència, els mateixos drets prestacionals que els espanyols.

2. L'estatut iusfonamental de l'emigrant: el punt d'arribada

No es tracta de fer una reconstrucció exhaustiva de l'evolució de l'estatut dels estrangers en matèria de drets constitucionals, sinó de mostrar la tendència evolutiva i fixar el punt d'arribada, sobretot en matèria de drets socials.

L'evolució de les lleis d'estrangeria assenyala com a moments fonamentals les lleis orgàniques 7/1985, 4/2000 i 8/2000, la resta de les modificacions legislatives són menys rellevants per a les qüestions que tractem aquí. El primer que caldria dir és que aquestes normes, tot i el període de temps que hi ha entre la primera regulació i les segones, en què la percepció del fenomen varia substancialment, revelen una estructura similar¹³ i expressen una continuïtat pel que fa a la concepció de l'estrangeria. Igualment, en totes elles, fins i tot en l'última reforma per mitjà de la LO 2/2009, el tractament del treball confina l'emigrant a la marginalitat del mercat laboral nacional i introdueix uns mecanismes de control que es van agreujant amb l'evolució legislativa.

La primera norma (LO 7/1985) estableix un espai de drets restringit per als estrangers, amb una accentuació de la intervenció administrativa i compressió dels drets esmentats expressament a la llei. Especialment cal assenyalar que, llevat de la referència als de sindicació i de vaga, llibertats socials, i l'al·lusió al dret a l'educació, que per la seva formulació té una eficàcia limitada, no conté drets socials. Les lleis 4 i 8/2000 introdueixen novetats significatives. L'exposició de motius de la LO 8/2000 il·lustra el canvi; en realitat, el trànsit legislatiu expressa la transformació de les normes sobre estrangeria en normes sobre immigració i la concepció d'aquesta contagia l'orientació dels drets. La dada de partida és que la immigració és un fenomen estructural a Espanya i això obliga a fer un tractament en què el contingut normatiu s'ha de vincular essencialment a la gestió dels fluxos migratoris. Tot i les declaracions formals que contenen, la tensió entre integració i control que aquestes normes inspiren respecte a la immigració es resol a favor del control.

En matèria de drets també hi ha canvis significatius, imposats per la jurisprudència acumulada. En qualsevol cas hem de reconèixer que es dona una ampliació de l'espai dels drets regulats, sempre reiterant la seva consideració com a drets de configuració legal, no absoluta en alguns grups de drets. Pel que fa a l'objecte d'aquest treball, és igualment significativa l'aparició en la llei de drets socials prestacionals. Per primera vegada s'introdueix el dret al treball, amb la qual cosa es pretén atorgar un altre relleu a l'activitat migratòria i, al costat d'aquest, es regulen els drets a l'assistència sanitària, l'habitatge, la Seguretat Social i els serveis socials. Aquests drets configuren l'espai de reflexió d'aquesta contribució i conformen el nucli dels drets socials dels emigrants, que es conceben com a drets estrictes de configuració legal i acusen els efectes de la doble mediació normativa. La lògica del control, que inspira la legislació orgànica d'estrangeria, posa com a requisit per exercir els drets reconeguts la regularitat administrativa de la situació de residència i treball dels emigrants.

Segons l'exposició de motius de la LO 8/2000, la integració era l'element que havia d'equilibrar el control, però hi apareix d'una manera feble i altament condicionada.

¹³ Monereo, J. L. i Molina Navarrete, C., «Los derechos de los emigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma "pactada"», *op. cit.*
Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

La LO 2/2009 reacciona a la vista de la darrera jurisprudència constitucional, representada sobretot per les STC 236 i 259/2007, i s'adapta als continguts de les directives europees en la matèria. Les modificacions que imposen les darreres sentències del Tribunal Constitucional comporten una ampliació de l'espai iusfonamental de l'emigrant ja que afirmen la vinculació directa de la Constitució en un bon nombre de drets i limiten la disponibilitat legislativa, encara que això no passa en l'àmbit dels drets socials prestacionals.

Cal cridar l'atenció sobre la inclusió d'un precepte en el projecte de llei (art. 2 *ter*) dedicat a la integració dels emigrants. Aquest precepte pretén visualitzar l'equilibri esmentat entre les lògiques contradictòries referides, encara que si se'n analitza el contingut veiem que es refereix essencialment a aspectes culturals i educatius, adreçats a afavorir la integració dels acceptats formalment. Igualment, el control de fluxos i la seva vinculació al mercat de treball s'hi accentua. El projecte de llei, amb la regulació que fa de l'accés al treball dels emigrants, introdueix més clarament una tensió entre treballador nacional i emigrant, la qual cosa consagra la tendència afirmada en la legislació d'estrangeria durant gairebé els últims vint-i-cinc anys.

Un cop fetes aquestes consideracions al voltant de les normes que despleguen l'art. 13.1 CE, ara cal abordar la jurisprudència constitucional. Les sentències que assenyalen els moments fonamentals en la construcció jurisprudencial de l'estatut de l'emigrant són dues: la 107/1984 i la 236/2007, separades per més de vint anys. La resta dels pronunciaments, tot i ser òbviamment rellevants, perfilen el trànsit entre aquestes sentències,¹⁴ i per aquesta raó se'n pot disculpar una anàlisi menys detinguda. La construcció jurisprudencial recolza en tres eixos: la diferenciació en tres blocs dels drets del títol I, que afecten de manera diferent els estrangers; la connexió entre els drets i la dignitat de la persona, que determinarà la ubicació dels drets en cada grup, i l'afectació de la regularitat administrativa de l'estranger en el gaudi dels drets.

La primera sentència (107/1984), basant-se en el fet que l'art. 13.1 CE no opera una desconstitucionalització dels drets dels estrangers, estableix el criteri mantingut successivament que els estrangers no gaudeixen solament dels drets que fixin els tractats i les lleis, sinó que aquests emanen de la Constitució, encara que siguin caracteritzats com de configuració legal. A partir d'aquesta premissa, i derivada de la seva caracterització de drets de configuració legal, estableix una ordenació dels drets en grups sobre els quals actua de manera diversa, amb diferent intensitat, la disponibilitat legislativa. En el primer grup se situen els drets comuns als espanyols i els estrangers. Tenen una connexió especialment intensa amb la dignitat humana i, per això, són independents de la ciutadania, que no afecta la seva titularitat. La STC 107/1984 no dona una llista dels drets que integren aquest grup, sinó que formula un criteri que permet, en cada cas concret, ubicar el dret. La STC 91/2000 (FJ núm. 3) precisa la fórmula per a la consideració de cada dret, que ha estat recollida reiteradament per la doctrina i els pronunciaments posteriors del TC: «Hem de partir, en cada cas concret, del tipus abstracte de dret i dels interessos que protegeix bàsicament [...] per precisar si són inherents, i en quina mesura, a la dignitat de la persona humana concebuda com un subjecte de dret, és a dir, com a membre lliure i responsable d'una comunitat jurídica que mereix aquest nom».

El segon grup de drets està constituït pel que alguns han definit com a «drets condicionats»,¹⁵ que pertanyen als estrangers només si els tractats o la regulació legal se'ls reconeixen. En aquest grup és admissible la diferència de tracte quant a les condicions del seu exercici.

¹⁴ Vegeu, entre d'altres, les STC 99/185, 115/1987, 130/1995, 91/2000, 95/2003, 72/2005 i 259/2007.

¹⁵ Nogueira Guastavino, M., «La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre los derechos sociales de los extranjeros no comunitarios», a *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2009, núm. 15-16, p. 219 i seg.

El tercer grup el conformen els drets que corresponen solament als espanyols, vinculats a la ciutadania.

En el primer grup, la doctrina ha emprat criteris formals per determinar-hi la inclusió. La universalitat en la formulació constitucional¹⁶ es veu com un indicatiu que avalaria la connexió especial. El problema que planteja el criteri definit per l'alt Tribunal és, en definitiva, com es fa la connexió, perquè es pot fer, en general, amb tots els drets del títol I. D'aquesta connexió depèn el patrimoni iusfonamental de l'emigrant. En aquest primer grup, la vinculació al legislador opera pel respecte que cal donar al contingut essencial del dret, que s'imposa fins i tot en la seva configuració legal.¹⁷

Pel que fa a la STC 236/2007, que és desenvolupada per la 259/2007, incorpora algunes novetats rellevants. En primer lloc fa un compendi de la jurisprudència anterior en fixar-la; d'aquesta manera amplia la vinculació del legislador al contingut essencial dels drets, més enllà de com es feia en la STC 107/1984. També intenta matisar més la fórmula genèrica de la connexió dels drets amb la dignitat de la persona, recuperant les aproximacions ja efectuades en pronunciaments anteriors i compendiant-les. Així, acaba de conformar un test que inclou: *a)* el grau de connexió del dret en concret amb la dignitat de la persona, *b)* la formulació del dret en la DUDH i altres tractats suposa una dada significativa i indiciària d'aquesta connexió, i *c)* la dicció constitucional quan expressa el reconeixement del dret en termes universals també comportaria un indicatiu de connexió.

Al costat d'aquest «test» incorpora una especificació que ja apuntaven sentències anteriors (STC 91/2000), en el sentit que la pertinença del dret al primer grup de drets, per la connexió forta amb la dignitat de la persona, implica que la seva titularitat correspon als estrangers «qualsevol que en sigui la situació». D'aquesta manera trenca amb la constant en la legislació de desplegament de l'art. 13.1 CE que imposava la regularitat administrativa com a requisit per gaudir dels drets. Finalment, la sentència incorpora al grup de drets especialment lligats a la dignitat de la persona els drets socials prestacionals (dret a l'educació) i les llibertats socials vinculades al treball, cosa que permet establir les bases per operar una desconexió, que encara no s'ha efectuat, entre accés regular al mercat de treball i drets socials. Aquest és el cas dels drets de sindicació i de vaga (STC 259/2007). En aquests casos, les llibertats socials que hi afegeix són drets de conflicte social que es poden exercir, tanmateix, en situació d'irregularitat administrativa, incorporant al conflicte la situació d'irregularitat i la necessitat de superar-la. Aquesta desconexió obre possibilitats¹⁸ que el TC no explora. Sobre aquestes referències legals i jurisprudencials es pot construir l'estatut constitucional dels emigrants quant als drets socials.

3. El treball com a via d'accés als drets socials dels emigrants

El treball en situació de regularitat administrativa és la via d'accés als drets socials¹⁹, sense la inclusió regular en el mercat de treball els emigrants només adquireixen una ciutadania social molt disminuïda i vinculada a situacions d'especial indefensió, com és la minoria d'edat o bé situacions d'urgència respecte a l'assistència

¹⁶ Bastida Freijo, F. i altres, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 91.

¹⁷ Balaguer Callejón, F., «El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre», a *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, núm. 10, p. 481 i seg.

¹⁸ Monereo Pérez, J. L. i. Triguero Martínez, L. A., «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre», a *Relaciones Laborales*, 2008, núm. 1, p. 329 i seg.

¹⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «El derecho del trabajo y los emigrantes extracomunitarios», a XII Congreso Nacional de la Asociación de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santander, 2001.

Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

sanitària. El problema és que, precisament, en l'accés al treball opera un mecanisme selectiu i diferenciador que limita l'accés als drets socials.

El dret al treball va ser considerat aviat (STC 107/1984) com un dret on la diferenciació entre espanyols i estrangers actuava amb una incidència especial: «En el present cas, la igualtat pretesa pel demandant ho és per a la contractació laboral, és a dir, per a l'exercici del dret al treball. I tant perquè no existeix cap tractat ni cap llei que estableixi la igualtat de tracte entre nacionals i estrangers per a l'accés a un lloc de treball —n'hi ha per a la titularitat i l'exercici dels drets laborals una vegada produïda la contractació [...]. L'existència d'una legislació que, segons la interpretació dels tribunals, exigeix el requisit administratiu de l'autorització de residència per reconèixer la capacitat de subscriure vàlidament un contracte de treball no s'oposa, doncs, a la Constitució. La desigualtat resultant en relació amb els espanyols no és, en conseqüència, inconstitucional, i no perquè estigui justificada per raons atendibles, sinó, més senzillament, perquè en aquesta matèria res no exigeix que hagi d'existir la igualtat de tracte». En aquest cas, desapareix la vinculació al legislador pel contingut essencial del dret (dret al treball) i augmenta la disponibilitat legislativa. Cal recordar que, ja en la STC 22/1981, el Tribunal Constitucional establia un contingut de l'art. 35 que, en la seva dimensió individual, incloïa la igualtat de dret de tothom a un lloc de treball si es complien els requisits de capacitació. El dret al treball cedeix en relació amb la seva titularitat (estrangers), partint de la dicció constitucional de l'art. 35 CE, «tots els espanyols tenen el deure de treballar i el dret al treball», que actua legitimant la reexpedició legislativa prevista a l'art. 13.1 CE, en aquest cas operant una desconstitucionalització efectiva, quant a la igualtat en les condicions d'accés, que defineix el dret. El text constitucional es llegeix com una prioritat del mercat nacional de treball.²⁰ En la doctrina comparada²¹ la desigualtat en l'accés s'ha vist com una contradicció inexplicable tenint en compte les exigències del cosmopolitisme jurídic que hauria d'incorporar la globalització. En aquest marc no ha d'operar el test de prioritat de les oportunitats de treball per als nacionals, entre altres coses per la dignitat social que implica la identitat del treballador, que no pot anar referida només als nacionals. La desigualtat en l'accés implica establir una contradicció, que opera fins i tot en el nivell constitucional, entre mercat de treball nacional i emigrants. Defineix subjectes contraposats, portadors d'interessos conflictius, perquè la diferenciació estableix la relació en termes de conflicte, encara que la realitat sociològica ens indiqui el contrari. El model de gestió de l'emigració és instrumental al mercat, inclosa l'economia submergida,²² i aquesta funcionalitat imposa la diferència, la desigualtat.

Hem assenyalat que totes les normes espanyoles sobre estrangeria donaven la prioritat al mercat nacional en l'accés al treball i la desigualtat respecte als emigrants, als quals es conferia una posició instrumental subordinada. Això s'aguditzava en la LO 8/2000, que incrementa la tensió desigual en correspondència amb la nova significació del fenomen migratori. La regulació espanyola de l'estrangeria assumeix el principi de preferència com a eix de construcció de l'estatut de l'emigrant, que és congruent amb la política comunitària,²³ la qual dissenya un mercat de treball amb una relació de subordinació-exclusió de l'emigrant extracomunitari. El principi de «preferència comunitària» presideix la política de gestió de fluxos i col·loca l'accés al treball sota el prisma de la desigualtat que significa la prioritat per al treballador comunitari.²⁴ La igualtat que la Constitució

²⁰ Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, p. 121.

²¹ Caruso, B., «Las políticas de emigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?», a *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 223 i seg.

²² Lucas, J. de, «Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración», a REDUR, 2003, núm. 1, p. 43 i seg.

²³ Cruz Villalón, J., «La política comunitaria de inmigración», a *Relaciones Laborales*, 2009, núm. 15-16, p. 17 i seg.

²⁴ Vegeu *Llibre verd sobre política d'immigració econòmica legal*, d'11 de gener de 2005 [COM (2004) 811 final].

sanciona, en la interpretació que el TC efectua, és una igualtat limitada²⁵ que es fonamenta en la desigualtat a l'hora d'entrar, en el moment d'accedir a la condició de treballador emigrant. Sobre aquesta condició resulta difícil construir un dret a la integració, que sigui un compendi de la ciutadania social de l'emigrant, la qual, en tot cas, serà una integració disminuïda.²⁶

Només ens detindrem en el règim general d'accés al treball dels emigrants. El règim general té dues modalitats: el sistema de contingent (art. 39 LO Ext.) i l'individualitzat. En ambdós s'estableix com a criteri la preferència del mercat de treball nacional i l'accés és possible per pal·liar-ne les insuficiències. L'accés individualitzat exigeix una oferta concreta a un treballador emigrant per part de l'empresari. L'oferta ha de comptar amb l'autorització administrativa que ha de sol·licitar l'ocupador, la concessió de la qual és prèvia. La concessió per l'Administració s'ha d'efectuar tenint en compte la situació del mercat de treball nacional, és a dir, la insuficiència de treballadors espanyols per a l'activitat de què es tracti (art. 38.1 LO Ext.). Pel que fa a l'accés mitjançant contingent (art. 39 LO Ext.), el govern aprova una oferta d'ocupació dirigida a estrangers que no es troben al territori nacional. La determinació dels llocs i del nombre s'ha d'efectuar «tenint en compte la situació nacional de l'ocupació», que en aquest cas actua de manera determinant com una crida d'ofertes. La crida mitjançant contingent permet l'entrada per buscar feina, en les condicions que defineix aquest contingent, durant un període de tres mesos, i un cop passat aquest període sense haver-ho aconseguit l'emigrant ha d'abandonar el país. L'oferta reforça la dimensió de control en el reclutament, ja que la preferència s'estableix per a aquells països que tinguin acords sobre regulació de fluxos migratoris amb Espanya. Fora d'aquestes vies d'accés, el resultat és la irregularitat de l'emigrant que té l'efecte de reduir l'espai dels seus drets socials,²⁷ a banda de sotmetre'l als procediments d'expulsió.

La darrera reforma de la Llei d'estrangeria (LO 2/2009) intensifica el control en l'accés, amb la qual cosa fa precari i intensifica la desigualtat del seu estatut. El règim d'autorització detalla la vinculació amb el mercat nacional de treball que s'expressa mitjançant un catàleg d'ocupacions difícils de cobrir. Aquest catàleg ha de contenir les ocupacions susceptibles de ser satisfetes i s'elabora mitjançant un procediment que incorpora un moment negocial (consulta a la Comissió Laboral Tripartida d'Immigració) que socialitza la contradicció entre treballador nacional i treballador emigrant. La contractació en ocupacions no catalogades se sotmet, també, a un règim excepcional.

El sistema de contingent es torna més rígid, més exigent, i administrativament intensifica el control. Es converteix en la «gestió col·lectiva en origen» (art. 39 reformat en el projecte de llei). Es duu a terme, amb l'aprovació prèvia anual d'ocupacions (nombre i tipus d'ocupacions), a través de contractacions en origen, que es gestionen paral·lelament amb l'autorització a empresaris de contractacions en origen. L'obertura real del sistema de contingents anterior —permisos per a la recerca d'ocupació relativament oberta a persones definides quantitativament en el contingent i no-exigència del contracte en origen— es tanca amb la nova llei d'estrangeria.

²⁵ Monereo Pérez, J. L. i Molina Navarrete, C., «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», a *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 203 i seg.

²⁶ Sánchez-Urán Azaña, Y., «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», a *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, núm. 63, p. 249 i seg.

²⁷ Valdueza Blanco, M. D., «Visión general de las principales modificaciones efectuadas por la LO 14/2003, sobre los derechos socio-laborales de los extranjeros», a *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, p. 529 i seg.

4. Les llibertats socials dels emigrants

L'ampliació del patrimoni iusfonamental de l'emigrant que ha portat la darrera jurisprudència del TC en matèria de llibertat sindical i de vaga, desvinculant-la del requisit de la regularitat administrativa per al seu exercici, l'adaptació del qual és una de les raons de la reforma de la llei, planteja contradiccions sobre les quals val la pena reflexionar. Les llibertats socials, a més de la seva configuració constitucional —diferent dels drets socials prestacionals, ja que permet la seva inclusió jurisprudencial en el grup de drets comuns a espanyols i estrangers—, són drets de conflicte que actuen en l'àmbit del treball. La connexió forta que mantenen amb el treball defineix la seva titularitat i també la configuració constitucional (STC 11/1981 i 98/1985, entre d'altres). La referència la constitueix el treballador per compte d'altri i el seu camp d'acció és la relació laboral constituïda, és a dir, el contracte de treball en acció, que defineix els subjectes del conflicte, en el cas del dret de vaga.

El TC, especialment a la Sentència 259/2007, parteix d'una concepció material de treballador i del treball i, cosa que resulta més transcendent, vincula el dret de vaga al conflicte que es manifesta fins i tot contra la desigualtat que provoca la situació d'irregularitat administrativa. Així, la irregularitat entra en el camp del conflicte en el qual actua el dret fonamental protegit constitucionalment i reconegut, sense exclusions, als emigrants: «Per tant, no resulta constitucionalment admissible l'exigència de la situació de legalitat a Espanya per a l'exercici del dret de vaga per part dels treballadors estrangers [...]. La concepció criticada no es correspon amb la titularitat del dret fonamental exercible en la defensa dels interessos dels treballadors, entre els quals es pot trobar la consecució de la plena regularitat de la seva situació administrativa. I per això no és absurd, com al·lega l'advocat de l'Estat, reconèixer aquest dret concret als estrangers no autoritzats administrativament per treballar a Espanya, que poden exercir-lo per defensar els seus interessos, entre els quals es pot trobar la regularitat de la seva situació, malgrat la irregularitat d'aquesta situació» (STC 259/2007, FJ núm. 7). La paradoxa és evident: el TC entén que un dret de conflicte, la vaga, ha de ser reconegut als emigrants sense que la distinció basada en la situació en què es troben pugui influir en el seu exercici. Tanmateix, l'accés al treball, camp d'acció del dret, es reserva per als nacionals. La contradicció afecta també un argument, no l'únic, utilitzat per fer aquest reconeixement: es reconeix un dret de conflicte perquè pugui ser utilitzat contra l'exclusió jurídica que representa el no reconeixement d'altres drets, derivats de la situació en què es troben. L'accés al treball és la clau d'entrada a la ciutadania social de què gaudeixen els espanyols, però roman condicionada i, respecte a l'entrada, opera la desigualtat, però es reconeix als immigrants un dret que pot ser utilitzat amb l'objectiu de superar aquesta desigualtat jurídica, motivada per la irregularitat. És clar que l'ús d'aquest dret de conflicte esdevé molt més difícil per a un emigrant irregular.

El joc del «test» que fa servir la jurisprudència constitucional —connexió amb la dignitat, dicció constitucional i forma de reconeixement als tractats internacionals— permet integrar els drets de llibertat sindical i de vaga en el patrimoni iusfonamental dels emigrants, sense excepció motivada per la seva situació. Aquest punt d'arribada s'incorpora gràcies a la regulació d'aquests drets a la LO 2/2009.

5. Els drets socials prestacionals

Hem assenyalat que aquests drets pertanyen al grup dels drets condicionats, que poden ser reconeguts als estrangers d'acord amb els termes com es recullen als tractats i les lleis; és l'espai on opera amb un caràcter més

incisiu la reexpedició legal i la disponibilitat política dels drets. Com hem assenyalat, en aquests drets actua una doble desvinculació constitucional, que aguditza la debilitat de l'estatut jurídic de l'emigrant. En aquests drets també es produeixen els efectes de la distinció de la jurisprudència constitucional (STC 107/1984). Perquè aquesta jurisprudència crea un espai de debilitat acusada ja que, amb la distinció establerta, creava un grup fort de drets on la ciutadania no condicionava la titularitat i, per la vinculació especial que té amb la dignitat, el seu exercici no depenia de la situació de l'emigrant. Els drets condicionats dels emigrants, en el cas dels irregulars, no solament depenen de la disponibilitat del legislador, sinó de la regularitat, inexistente. L'accés a aquests drets, quan es reconeixen, es veu afectat per una situació administrativa que actua com a determinant pel que fa al gaudi del dret, per a un col·lectiu que és definit objectivament com d'una vulnerabilitat especial. La incidència en aquest grup d'emigrants, rellevant numèricament, és més gran si es té en compte que la concepció de la ciutadania social de l'estranger atén de manera més estricta el model originari de ciutadania laborista.²⁸

La ciutadania social disminuïda de l'emigrant es fa més punyent en els casos d'irregularitat i això dona lloc a una fragmentació jurídica d'aquesta ciutadania on influeixen diversos aspectes que configuren una escala de degradació. Es pot distingir un contingut diferent de la ciutadania social de l'emigrant depenent de la regularitat, la minoria d'edat, les situacions d'urgència i gravetat, etc. Certament, la minoria d'edat se sobreposa a la situació administrativa i permet gaudir d'alguns drets, sobretot els d'educació (art. 9 LO 2/2009) i assistència sanitària (art. 12.3 LO 2/2009). L'assistència sanitària, d'altra banda, se sotmet exclusivament al requisit de la inscripció al padró municipal per accedir a aquest dret en igualtat de condicions que els espanyols (art. 12.1 LO 2/2009). Aquest requisit configura, *de facto*, una situació intermèdia. L'assistència sanitària en situació d'irregularitat es reserva per a casos excepcionals motivats per la urgència o la gravetat (art. 12.2 LO 2/2009). Els drets socials dels emigrants no tenen un estatut homogeni i estan sotmesos a una afectació múltiple que defineix un contingut situacional molt divers. Però el més rellevant, en aquest cas, és que es pot parlar pròpiament de desconstitucionalització.

El TC negava que un estatut diferenciat dels drets dels emigrants comportés una desconstitucionalització d'aquests drets. La doble configuració legal, d'una banda drets socials-principis rectoris i d'altra banda drets dels estrangers, opera la desconstitucionalització, perquè en ambdues situacions la normativitat constitucional s'expressa d'una manera especialment feble.

No es tracta de fer una referència als diferents drets socials,²⁹ en un treball que té un sentit general, sinó d'assenyalar l'estatut especialment feble d'aquests drets en la seva construcció jurídica.

6. A tall de conclusions: algunes observacions finals

²⁸ García Herrera, M. A. i. Maestro Buelga, G., *Marginación, Estado social y prestaciones sociales autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 33-36.

²⁹ Sánchez-Urán Azaña, Y., «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *op. cit.*; Nogueira Guastavino, M., «La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre los derechos sociales de los extranjeros no comunitarios», *op. cit.*; Charro Baeza, P. i Carrascosa Bermejo, D., «El derecho a la prestación contributiva por desempleo a los extranjeros en situación irregular: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008», a *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2008, núm. 18, p. 235 i seg.; Gómez Abelleira, F. J., «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», a *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, núm. 63, p. 101 i seg.

La construcció de l'estatut jurídic dels drets dels emigrants es basa en dos criteris: el de rendibilitat i el de primacia del mercat de treball nacional. El primer està vinculat i extrema els efectes perversos del caràcter distributiu dels drets socials. El segon estableix jurídicament una contradicció, una tensió, entre interessos dels nacionals i dels estrangers, ja que planteja l'espai dels drets, inclòs el dret al treball, com a terreny de conflicte en la lògica de «suma zero», que es trasllada, també, a la distribució en el camp de la protecció social. Si els drets socials manifestaven una dimensió conflictual en la seva articulació jurídica i constitucional, en el cas dels emigrants l'espai de conflicte s'articula entre nacionals i emigrants. El principi de «preferència nacional» opera com a eix del conflicte que interioritza l'ordenació i es manifesta com a factor de legitimació de la desigualtat en la ciutadania social.

Políticament, el principi de «preferència nacional», que compleix funcions de legitimació interna, es construeix sobre la base del funcionament del mercat nacional de treball, la seva capacitat, i pretén controlar l'«efecte de crida» a l'hora de gestionar-lo. Tothom sembla admetre que l'economia submergida, que en el nostre cas representa gairebé un quart de l'economia del país, constitueix el factor més poderós de l'efecte de crida en l'entrada inicial dels emigrants. A més, és un factor generador de desigualtat, ja que necessita la precarietat. La literatura sobre el mercat dual ha mantingut que la igualtat entre nacionals i immigrants és un factor d'estabilització del mercat laboral, reflexió que ha de ser considerada com cal.

D'altra banda, suscita perplexitat la construcció jurisprudencial de la dignitat de la persona, sobre la qual s'han construït les darreres reformes de la normativa sobre l'estrangeria. Alguna doctrina ha assenyalat la contradicció entre dignitat i concepció mercantilista de la immigració.³⁰ La contradicció entre la consideració de l'emigrant com a factor productiu i la seva dignitat impedeix considerar la dignitat aliena als drets socials. Per això resulta paradoxal que la construcció dels drets socials dels emigrants que ha fet la jurisprudència constitucional exclogui la dignitat.

³⁰ López López, J., «Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad», a *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, núm. 76, p. 23 i seg.