

LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS EMIGRANTES

Gonzalo Maestro Buelga*

Sumario

1. Introducción
2. El estatuto iusfundamental del emigrante: el punto de llegada
3. El trabajo como vía de acceso a los derechos sociales de los emigrantes
4. Las libertades sociales de los emigrantes
5. Los derechos sociales prestacionales
6. A modo de conclusiones: algunas observaciones finales

* Gonzalo Maestro Buelga, catedrático de derecho constitucional de la Universidad del País Vasco, Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos, Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, Campus de Leioa, Bº Sarriena, 48940 Leioa (Vizcaya), gonzalo.maestro@ehu.es.

Artículo recibido el 3.12.2009. Evaluación ciega: 11.12.2009. Fecha de aceptación de la versión final: 18.01.2010.

1. Introducción

Afrontar la cuestión de los derechos sociales de los emigrantes es adentrarse en un campo de contradicciones que no hace sino incrementarse con la presión a la que los someten las circunstancias actuales. Éstas nos recuerdan que los derechos sociales configuran un espacio constitucional minorizado, afectados por su vinculación con el mercado,¹ que acrecienta su dimensión conflictual. Además, actúan sobre un sujeto especialmente débil, lo que profundiza aún más, en este caso, su estatus jurídico subordinado.

Cualquier reflexión sobre los derechos sociales, en especial si nos referimos a los emigrantes, debe partir de este dato, porque solo de esta manera resulta comprensible la configuración de éstos en este colectivo.

Los derechos sociales, en su recepción en el constitucionalismo social, tienen una doble dimensión: garantista y conflictual. La primera descansa en la normatividad constitucional y ha permitido construir un nivel de garantía que, en algunos momentos, se ha manifestado jurisprudencial² y doctrinalmente³ con cierta fortaleza, pero que, en general, ha asumido caracteres débiles, predominando la disponibilidad del legislador y su vínculo limitado. La segunda se refiere a la introducción en la estructura del derecho de la disponibilidad política del mismo, que se vincula al resultado del conflicto político-social. Ciertamente nuestro artículo 53.3 CE simboliza el punto de llegada normativo y jurisprudencial de esta dimensión. En derecho comparado, la mediación normativa impuesta para la eficacia del derecho es menos visible, aunque se construyen fórmulas que operan con el mismo efecto. Basta ver la construcción jurisprudencial alemana sobre la «cláusula de reserva de lo posible»⁴ que despliega sus efectos especialmente en este ámbito estableciendo la disponibi-

1. Barcellona, P., «Diritti sociali e Corte costituzionale», en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1994, nº 3, pp. 325 y ss.; Greco, R., «Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale», en *Questione Giustizia*, 1994, nº 2-3, pp. 253 y ss.

2. Ver sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los números *clausus* en la universidad de 1972 y la sentencia de la Corte Constitucional italiana nº 240/1994.

3. Baldassarre, A., «Diritti sociali», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, vol. XI, pp. 1-34; Luciani, M., «Sui diritti sociali», en *Democrazia e Diritto*, 1994, nº 4, pp. 545 y ss.; en menor medida Cruz Villalón, P., «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en *Estudios sobre el Estado social* (G. Cámara y J. Cano eds.), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 98 y ss.

4. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 352 y ss.

lidad política del derecho, o la misma distinción, en la doctrina italiana, entre los derechos sociales condicionados e incondicionados.⁵ Estas fórmulas no hacen sino traducir jurídicamente el carácter distributivo de los derechos sociales.

Si los derechos sociales son derechos constitucionales débiles, esta característica se intensifica en el caso de los emigrantes. La dimensión subjetiva afecta al contenido de los mismos. El artículo 13.1 CE despliega efectos más intensos en relación con los derechos sociales, como nos recuerda prontamente nuestra jurisprudencia constitucional.⁶ Con independencia de la licitud de sostener todavía una distinción conceptual entre derechos de libertad y derechos sociales⁷ y de la evidente funcionalidad entre ambos,⁸ lo cierto es que la extranjería abre constitucionalmente un espacio de disposición legislativa de los derechos que acrecienta su debilidad.

En materia de derechos sociales asistimos a la apertura constitucional a un doble reenvío normativo; los derechos sociales de los emigrantes acusan, así, la acentuación de la configuración legal de los mismos.

La lógica que incorporan estos derechos es una lógica de rentabilidad. El emigrante productivo puede insertarse en el espacio de iusfundamentalidad de los derechos sociales porque esta inserción se resuelve favorablemente o atenúa el coste distributivo de los mismos.

El problema de los derechos de los extranjeros en España se ha planteado, desde la perspectiva constitucional, fundamentalmente con relación a las exigencias de regularidad administrativa como requisito para el disfrute de los mismos. Aunque esta es una cuestión central, en la que más tarde nos detendremos, alguna reflexión merece la tensión control-integración que incorpora la reciente regulación de los derechos de los extranjeros.

5. Baldassarre, A., *op. cit.*

6. Ver STC 107/1984.

7. Monereo, J. L. y 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”», en *Lan Harremanak*, 2003, nº 1, pp. 99 y ss.

8. García Macho, R., «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda como derechos funcionales de libertad», en *Revista Catalana de Dret Públic*, 2009, nº 38, pp. 67 y ss.

Ciertamente, las razones que explican la emigración son múltiples⁹ y, sin duda, complementarias; las que mejor contribuyen a explicar las tendencias en la normativa sobre migración son las llamadas teorías del mercado de trabajo dual.¹⁰ La inmigración contribuye a la fragmentación del mercado de trabajo, debilita el trabajo en su relación con el capital. La dualización del mercado de trabajo es una necesidad estructural del capitalismo y esa necesidad es la que produce el efecto llamada en las corrientes migratorias. Resulta evidente que la globalización ha distorsionado los efectos de la dualización del mercado de trabajo, que ahora se expresan, además de su manifestación tradicional, con otras formas, pero los efectos de la misma se mantienen. La dualización, con la creación de una mano de obra disponible y en condiciones peores que las de los trabajadores nacionales, se ve favorecida por las políticas que acentúan el control frente a la integración. La ilegalidad administrativa profundiza en la precariedad jurídica del emigrante y agudiza la dualidad.

Las tendencias más recientes en materia de inmigración acentúan el momento del control, tanto en el derecho comunitario¹¹ como en el nacional. La irregularidad *de facto* aparece no como un problema eliminable, sino gestionable desde técnicas de control que incrementan la debilidad del emigrante y restringen su patrimonio iusfundamental. En la situación actual, la crisis económica actúa extremando el control que, además de propiciar un discurso nacionalizador y de tutela de lo propio, agudiza la precariedad del emigrante. La conexión que la jurisprudencia constitucional reciente¹² ha realizado entre dignidad de la persona y regularidad administrativa, a pesar de las valoraciones positivas que ha suscitado, no se ha trasladado al ámbito de los derechos sociales. En éstos la dignidad no alcanza a determinar un espacio de protección social que resulta inherente a la persona, sino que sigue imperando la lógica de la ren-

9. Massey, D. S.; Arango, J.; Hugo, G.; Kouaouci, A.; Pellegrino, A. y Taylor, J. E., «Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, nº 10, pp. 345 y ss.

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

11. Ver la Directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a las normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

12. Ver STC 236, 259 y 265/2007.

tabilidad económica. La regularidad administrativa, básicamente, sigue funcionando como requisito de acceso a los derechos sociales, posibilitada por una construcción de los derechos en la que se vincula la dignidad no tanto a las condiciones de existencia como a una concepción de la libertad que no traspasa esta frontera. Las libertades sociales son el umbral máximo al que se han extendido estos derechos, pero permanecen extramuros de la protección social.

Dos advertencias previas para el desarrollo de trabajo. La primera es que, aunque hay alguna especificidad, no vamos a referirnos al estatuto jurídico del extranjero comunitario; la segunda es que el objeto de atención preferente serán los emigrantes en situación irregular, pues es en este colectivo donde se presentan los problemas constitucionales más trascendentes y los que interesa analizar. Los emigrantes en situación regular (con permiso de residencia y de trabajo) tienen, en esencia, los mismos derechos prestacionales que los españoles.

2. El estatuto iusfundamental del emigrante: el punto de llegada

No se trata de hacer una reconstrucción exhaustiva de la evolución del estatuto de los extranjeros en materia de derechos constitucionales, sino de mostrar la tendencia evolutiva y fijar el punto de llegada, sobre todo en materia de derechos sociales.

La evolución de las leyes de extranjería señala como momentos fundamentales las leyes orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000, el resto de las modificaciones legislativas son menos relevantes para las cuestiones aquí abordadas. Lo primero que habría que decir es que estas normas, a pesar del periodo de tiempo que media entre la primera regulación y las segundas, en el que la percepción del fenómeno varía sustancialmente, revelan una estructura similar¹³ y expresan una continuidad en la concepción de la extranjería. Igualmente, en todas ellas, incluso en la última reforma realizada por la LO 2/2009, el tratamiento del trabajo confina al emigrante a la marginalidad del mercado de trabajo nacional e introduce unos mecanismos de control que se van agravando con la evolución legislativa.

13. Monereo, J. L. y 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.*

La primera norma (LO 7/1985) establece un espacio de derechos restringido para los extranjeros, con una acentuación de la intervención administrativa y compresión de los derechos expresamente mencionados en la ley. Especialmente hay que señalar que, salvo la referencia a los de sindicación y huelga, libertades sociales, y la alusión al derecho a la educación, que por su formulación tiene eficacia limitada, no contiene derechos sociales. Las leyes 4 y 8/2000 introducen novedades significativas. La exposición de motivos de la LO 8/2000 ilustra el cambio; en realidad, el tránsito legislativo expresa la transformación de las normas sobre extranjería en normas sobre inmigración y la concepción de esta contagia la orientación de los derechos. El dato de partida es que la inmigración es un fenómeno estructural en España lo que obliga a un tratamiento en el que el contenido normativo se vincule esencialmente a la gestión de los flujos migratorios. A pesar de sus declaraciones formales, la tensión entre integración y control que respecto a la inmigración inspiran estas normas se resuelve a favor del control.

En materia de derechos también hay cambios significativos, impuestos por la jurisprudencia acumulada. En cualquier caso debemos reconocer que se produce una ampliación del espacio de los derechos regulados, siempre reiterando su consideración de derechos de configuración legal, no absoluta en algunos grupos de derechos. Igualmente significativa, para el objeto de este trabajo, es la aparición en la ley de derechos sociales prestacionales. Por primera vez se introduce el derecho al trabajo, pretendiendo dotar de otro relieve a la actividad migratoria y, junto a éste, se regulan los derechos a la asistencia sanitaria, vivienda, Seguridad Social y servicios sociales. Estos configurarán el espacio de reflexión de esta contribución y conforman el núcleo de los derechos sociales de los emigrantes, que se conciben como estrictos derechos de configuración legal y acusan los efectos de la doble mediación normativa. La lógica del control, que inspira la legislación orgánica de extranjería, coloca como requisito para el ejercicio de los derechos reconocidos la regularidad administrativa de su situación de residencia y trabajo.

La integración, como elemento que –según la exposición de motivos de la LO 8/2000– debía equilibrar el control, aparece como débil y altamente condicionada.

La LO 2/2009 reacciona a la jurisprudencia constitucional última, representada especialmente por las STC 236 y 259/2007, y se adapta a los contenidos

de las directivas europeas en la materia. Las modificaciones que imponen las últimas sentencias del Tribunal Constitucional suponen una ampliación del espacio iusfundamental del emigrante afirmando la vinculación directa de la Constitución en un buen número de derechos y limitando la disponibilidad legislativa, aunque esto no ocurre en el ámbito de los derechos sociales prestaciones.

Hay que llamar la atención sobre la inclusión de un precepto en el proyecto de ley (art. 2 *ter*) dedicado a la integración de los emigrantes. Este precepto pretende visualizar el equilibrio mencionado entre las lógicas contradictorias referidas, aunque si se analiza el contenido del mismo vemos que se refiere esencialmente a aspectos culturales y educativos, destinados a favorecer la integración de los formalmente aceptados. Igualmente el control de flujos y su vinculación al mercado de trabajo se acentúa. El proyecto de ley, con su regulación del acceso al trabajo de los emigrantes, introduce más claramente una tensión entre trabajador nacional y emigrante, consagrando la tendencia afirmada en la legislación de extranjería durante los últimos casi veinticinco años.

Realizadas estas consideraciones en torno a las normas que desarrollan el art. 13.1 CE, procede abordar la jurisprudencia constitucional. Dos son las sentencias que señalan los momentos fundamentales en la construcción jurisprudencial del estatuto de emigrante: la 107/1984 y la 236/2007, separadas por más de veinte años. El resto de los pronunciamientos, siendo obviamente relevantes, perfilan el tránsito entre estas sentencias,¹⁴ por lo que se puede disculpar un análisis menos detenido. La construcción jurisprudencial descansa en tres ejes: la diferenciación en tres bloques de los derechos del título I, que afectan de forma distinta a los extranjeros; la conexión entre los derechos y la dignidad de la persona, que determinará la ubicación de los mismos en cada grupo, y la afectación de la regularidad administrativa del extranjero en el disfrute de los derechos.

La primera sentencia (107/1984), sobre la base de que el art.13.1 CE no opera una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros, sienta el criterio sostenido sucesivamente de que los extranjeros no gozan solo de los de-

14. Ver, entre otras, las STC 99/185, 115/1987, 130/1995, 91/2000, 95/2003, 72/2005 y 259/2007.

rechos que establezcan los tratados y las leyes, sino que estos emanan de la Constitución, aunque sean caracterizados como de configuración legal. Sobre esta premisa, y derivada de su caracterización de derechos de configuración legal, establece una ordenación de los derechos en grupos sobre los cuales actúa de forma diversa, con distinta intensidad, la disponibilidad legislativa. En el primer grupo se sitúan los derechos comunes a los españoles y los extranjeros. Presentan una conexión especialmente intensa con la dignidad humana y, por ello, son independientes de la ciudadanía, que no afecta a su titularidad. La STC 107/1984 no establece un elenco de los derechos que integran este grupo, sino que formula un criterio que permite, en cada caso concreto, ubicar el derecho. La STC 91/2000 (FJ nº 3) precisa la fórmula para la consideración de cada derecho, que ha sido reiteradamente recogida por la doctrina y los pronunciamientos posteriores del TC: «Hemos de partir, en cada caso concreto, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege [...] para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre».

El segundo grupo de derechos está constituido por lo que algunos han definido como «derechos condicionados»,¹⁵ que pertenecen a los extranjeros solo si los tratados o la regulación legal se los reconocen. En ellos es admisible la diferencia de trato en cuanto a las condiciones de su ejercicio.

El tercer grupo viene constituido por los derechos que corresponden solo a los españoles, vinculados a la ciudadanía.

En el primer grupo, la doctrina ha usado criterios formales para determinar la inclusión en éste. La universalidad en la formulación constitucional¹⁶ es vista como un indicio que avalaría la especial conexión. El problema que plantea el criterio definido por el alto Tribunal es, en definitiva, cómo se realiza la conexión, porque esta cabe realizarla, en general, con todos los derechos del título I. De ella depende el patrimonio iusfundamental del emigrante. En este

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

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

primer grupo, la vinculación al legislador opera por el necesario respeto al contenido esencial del derecho, que se impone aun en su configuración legal.¹⁷

Respecto a la STC 236/2007, que viene desarrollada por la 259/2007, incorpora algunas novedades relevantes. En primer lugar compendia la jurisprudencia anterior fijándola, ampliando de esta forma la vinculación del legislador al contenido esencial de los derechos, más allá de como se hacía en la STC 107/1984. También intenta matizar más la fórmula genérica de la conexión de los derechos con la dignidad de la persona, recuperando las aproximaciones ya realizadas en anteriores pronunciamientos y compendiándolas. Acaba así de conformar un test que incluye: *a*) el grado de conexión del derecho en concreto con la dignidad de la persona, *b*) la formulación del derecho en la DUDH y otros tratados supone un dato significativo e indiciario de esa conexión, y *c*) la dición constitucional cuando expresa el reconocimiento del derecho en términos universales también supondría un indicio de conexión.

Junto a este «test» incorpora una especificación ya apuntada en sentencias anteriores (STC 91/2000), en el sentido de que la pertenencia del derecho al primer grupo de derechos, por su fuerte conexión con la dignidad de la persona, implica que su titularidad corresponde a los extranjeros «cualquiera que sea su situación». Rompe así con la constante en la legislación de desarrollo del art. 13.1 CE que imponía la regularidad administrativa como requisito para el disfrute de los derechos. Por último, la sentencia incorpora al grupo de derechos especialmente conexos con la dignidad de la persona derechos sociales prestacionales (derecho a la educación) y libertades sociales vinculadas con el trabajo, permitiendo sentar las bases para operar una desconexión, todavía no realizada, entre acceso regular al mercado de trabajo y derechos sociales. Tal es el caso de los derechos de sindicación y de huelga (STC 259/2007). En estos casos, las libertades sociales que añade son derechos de conflicto social que, sin embargo, pueden ejercerse en situación de irregularidad administrativa, incorporando al conflicto la propia situación de irregularidad y la necesidad de superarla. Esta desconexión abre posibilidades¹⁸ que el propio TC no explora. Sobre estas refe-

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», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, nº 10, pp. 481 y ss.

18. Monereo Pérez, J. L. y 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», en *Relaciones Laborales*, 2008, nº 1, pp. 329 y ss.

rencias legales y jurisprudenciales puede construirse el estatuto constitucional de los emigrantes en cuanto a los derechos sociales.

3. El trabajo como vía de acceso a los derechos sociales de los emigrantes

El trabajo en situación de regularidad administrativa es la vía de acceso a los derechos sociales,¹⁹ sin la inclusión regular en el mercado de trabajo los emigrantes solo adquieren una ciudadanía social muy disminuida y vinculada a situaciones de especial indefensión, como es la minoría de edad o situaciones de urgencia respecto a la asistencia sanitaria. El problema es que, precisamente, en el acceso al trabajo opera un mecanismo selectivo y diferenciador que limita el acceso a los derechos sociales.

Prontamente, el derecho al trabajo (STC 107/1984) fue considerado como un derecho en donde la diferenciación entre españoles y extranjeros actuaba con una incidencia especial: «En el presente caso, la igualdad pretendida por el demandante lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Y tanto porque no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo –lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación [...]. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato». Desaparece, en este caso, la vinculación al legislador por el contenido esencial del derecho (derecho al trabajo), acrecentándose la disponibilidad legislativa. Debe recordarse que, ya en la STC 22/1981, el propio Tribunal Constitucional establecía un contenido del art. 35 que, en su dimensión individual, incluía el igual derecho de todos a un puesto de trabajo si se cumplían los requisitos de capacitación. El

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

derecho al trabajo cede con relación a su titularidad (extranjeros), sobre la base de la dicción constitucional del art. 35 CE, «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo», que actúa legitimando el reenvío legislativo previsto en el art. 13.1 CE, en este caso operando una desconstitucionalización efectiva, en cuanto a la igualdad en las condiciones de acceso, que define el derecho. Es leído el texto constitucional como una prioridad del mercado nacional de trabajo.²⁰ La desigualdad en el acceso ha sido vista en la doctrina comparada²¹ como una contradicción inexplicable a la luz de las exigencias del cosmopolitismo jurídico que debiera incorporar la globalización. En este marco no debe operar el test de prioridad de las oportunidades de trabajo para los nacionales, entre otras cosas por la dignidad social que implica la identidad del trabajador, que no puede ser solo referida a los nacionales. La desigualdad en el acceso implica establecer una contradicción, que opera incluso en el nivel constitucional, entre mercado de trabajo nacional y emigrantes. Define sujetos contrapuestos, portadores de intereses conflictivos, porque la diferenciación establece la relación en términos de conflicto, aun cuando la realidad sociológica nos indique lo contrario. El modelo de gestión de la emigración es instrumental al mercado, incluida la economía sumergida,²² y esta funcionalidad impone la diferencia, la desigualdad.

Hemos señalado que todas las normas españolas sobre extranjería contemplaban la prioridad del mercado nacional en el acceso al trabajo y la desigualdad respecto a los emigrantes, a los que se confería una posición instrumental subordinada. Esto se agudiza en la LO 8/2000, que incrementa la tensión desigual en correspondencia con la nueva significación del fenómeno migratorio. La regulación española de la extranjería asume el principio de preferencia como eje de construcción del estatuto del emigrante, que es congruente con la política comunitaria,²³ la cual diseña un mercado de trabajo con una relación de subordinación-exclusión del emigrante extracomunitario. El principio de «preferencia

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?», en *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 223 y ss.

22. De Lucas, J., «Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración», en REDUR, 2003, nº 1, pp. 43 y ss.

23. Cruz Villalón, J., «La política comunitaria de inmigración», en *Relaciones Laborales*, 2009, nº 15-16, pp. 17 y ss.

comunitaria» preside la política de gestión de flujos y coloca el acceso al trabajo bajo el prisma de la desigualdad que significa la prioridad para el trabajador comunitario.²⁴ La igualdad que la Constitución sanciona, en la interpretación que el TC realiza, es una igualdad limitada,²⁵ que se funda sobre la desigualdad en la entrada, en el momento de acceso a la misma condición de trabajador emigrante. Sobre ésta resulta difícil construir un derecho a la integración, que compendia la ciudadanía social del emigrante, que, en todo caso, será una integración disminuida.²⁶

Nos detendremos solo en el régimen general de acceso al trabajo de los emigrantes. El régimen general tiene dos modalidades: el sistema de contingente (art. 39 LO Ext.) y el individualizado. En ambos se establece como criterio la preferencia del mercado de trabajo nacional y el acceso es posible para paliar las insuficiencias del mismo. El acceso individualizado exige una oferta concreta a un trabajador emigrante por parte del empresario. La oferta debe contar con la autorización administrativa que debe solicitar el empleador cuya concesión es previa. La concesión por la Administración se realizará teniendo en cuenta la situación del mercado de trabajo nacional, es decir, la insuficiencia de trabajadores españoles para la actividad de que se trate (art. 38.1 LO Ext.). En el acceso mediante contingente (art. 39 LO Ext.) el gobierno aprueba una oferta de empleo dirigida a extranjeros que no se encuentran en el territorio nacional. La determinación de los puestos y del número se realizará «teniendo en cuenta la situación nacional de empleo», que en este caso actúa de forma determinante como oferta llamada. La llamada mediante contingente permite la entrada para buscar empleo, en las condiciones definidas en éste, por un periodo de tres meses; transcurrido el mismo sin haberlo conseguido el emigrante debe abandonar el país. La oferta refuerza la dimensión de control en el reclutamiento, puesto que la preferencia se establece para aquellos países que tengan acuerdos sobre regulación de flujos migratorios con España. Fuera de estas vías de acceso, el resultado es la irregularidad del emigrante que tiene el efecto de reducir el espa-

24. Ver *Libro verde sobre política de inmigración económica legal*, de 11 de enero de 2005 [COM (2004) 811 final].

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

26. Sánchez-Urán Azaña, Y., «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, nº 63, pp. 249 y ss.

cio de sus derechos sociales,²⁷ amén de someterle a los procedimientos de expulsión.

La última reforma de la Ley de extranjería (LO 2/2009) intensifica el control en el acceso, con lo que precariza e intensifica la desigualdad de su estatuto. El régimen de autorización detalla la vinculación con el mercado nacional de trabajo que se expresa mediante un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Éste contendrá los empleos susceptibles de ser satisfechos. Su elaboración se realiza mediante un procedimiento que incorpora un momento negocial (consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración) que socializa la contradicción trabajador nacional-emigrante. La contratación en ocupaciones no catalogadas se somete, también, a un régimen excepcional.

El sistema de contingente se vuelve más rígido, más exigente, y administrativamente intensifica el control. Se convierte en la «gestión colectiva en origen» (art. 39 reformado en el proyecto de ley). Se realiza, previa la aprobación anual de ocupaciones (número y tipo de éstas), a través de contrataciones en origen, que se gestionan paralelamente con la autorización a empresarios de contrataciones en origen. La cierta apertura del sistema de contingentes anterior –permisos para la búsqueda de empleo relativamente abierta a personas definidas cuantitativamente en el contingente y no exigencia del contrato en origen– se cierra con la nueva ley de extranjería.

4. Las libertades sociales de los emigrantes

La ampliación del patrimonio iusfundamental del emigrante que ha producido la última jurisprudencia del TC en materia de libertad sindical y de huelga, desvinculándola del requisito de la regularidad administrativa para su ejercicio, cuya adaptación es una de las razones de la reforma de la ley, plantea contradicciones que merecen una reflexión. Las libertades sociales, además de su configuración constitucional, distinta de los derechos sociales prestacionales, que permite su inclusión jurisprudencial en el grupo de derechos comunes a españoles y extranjeros, son derechos de conflicto que actúan en el ámbito del tra-

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

bajo. Su fuerte conexión con el mismo define su titularidad y la propia configuración constitucional (STC 11/1981 y 98/1985, entre otras). La referencia la constituye el trabajador por cuenta ajena y su campo de acción es la relación laboral constituida, es decir, el contrato de trabajo en acción, que define a los sujetos del conflicto, en el caso del derecho de huelga.

El TC, especialmente en su Sentencia 259/2007, parte de una concepción material de trabajador y del trabajo y, lo que resulta más trascendente, vincula el derecho de huelga al conflicto que se manifiesta incluso contra la desigualdad que provoca su situación de irregularidad administrativa. Así, la irregularidad entra en el campo del conflicto en el que actúa el derecho fundamental protegido constitucionalmente y reconocido, sin exclusiones, a los emigrantes: «Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros [...]. La concepción criticada no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental ejercitable en la defensa de los intereses de los trabajadores, entre los que puede encontrarse la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa. De ahí que no resulte absurdo, como alega el abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma» (STC 259/2007, FJ nº 7). La paradoja resulta evidente: el TC entiende que un derecho de conflicto, la huelga, debe ser reconocido a los emigrantes sin que la distinción basada en la situación en que se encuentran pueda influir en su ejercicio. Sin embargo, el acceso al trabajo, campo de acción del derecho, se reserva para los nacionales. La contradicción afecta también a un argumento, no el único, utilizado para su reconocimiento: se reconoce un derecho de conflicto para que pueda ser utilizado contra la exclusión jurídica que supone el no reconocimiento de otros derechos, derivados de la situación en que se encuentran. El acceso al trabajo es la llave de entrada a la ciudadanía social de que disfrutaban los españoles, pero esa permanece condicionada y, respecto de ella, opera la desigualdad; sin embargo, se les reconoce un derecho que puede ser utilizado con el objetivo de superar esa desigualdad jurídica, motivada por la irregularidad. Claro que el uso de este derecho de conflicto es mucho más difícil para un emigrante irregular.

El juego del «test» empleado por la jurisprudencia constitucional —conexión con la dignidad, dicción constitucional y forma de reconocimiento en los

tratados internacionales— permite integrar los derechos de libertad sindical y de huelga en el patrimonio iusfundamental de los emigrantes, sin excepción motivada por su situación. Este punto de llegada es incorporado por la regulación de estos derechos en la LO 2/2009.

5. Los derechos sociales prestacionales

Hemos señalado que estos derechos pertenecen al grupo de los derechos condicionados, que pueden ser reconocidos a los extranjeros en los términos en que se recojan en los tratados y las leyes; es el espacio donde opera con mayor incisividad el reenvío legal y la disponibilidad política de los derechos. En estos, como hemos señalado, actúa una doble desvinculación constitucional, que agudiza la debilidad del estatuto jurídico del emigrante. En estos también se producen los efectos de la distinción de la jurisprudencia constitucional (STC 107/1984). Ésta, que con la distinción establecida creaba un grupo fuerte de derechos donde la ciudadanía no condicionaba la titularidad y, por su especial vinculación con la dignidad, su ejercicio no dependía de la situación del emigrante, crea a su vez un espacio de debilidad acusada. Los derechos condicionados de los emigrantes, en el caso de los irregulares, no solo dependen de la disponibilidad del legislador, sino de la regularidad, inexistente. El acceso a ellos, cuando se reconocen, se ve afectado por una situación administrativa que actúa como determinante para el disfrute del derecho, para un colectivo que objetivamente es definido como de especial vulnerabilidad. La incidencia en este grupo de emigrantes, relevante numéricamente, es mayor si se tiene en cuenta que la concepción de la ciudadanía social del extranjero atiende de forma más estricta al modelo originario de ciudadanía laborista.²⁸

La ciudadanía social disminuida del emigrante se agudiza en los casos de irregularidad lo que da lugar a una fragmentación jurídica de la misma donde influyen diversos aspectos que configuran una escala de degradación. Se puede distinguir un contenido distinto de la ciudadanía social del emigrante dependiendo de la regularidad, la minoría de edad, las situaciones de urgencia y gravedad, etc. Ciertamente, la minoría de edad se sobrepone a la situación admi-

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

nistrativa y permite el disfrute de derechos, en especial los de educación (art. 9 LO 2/2009) y asistencia sanitaria (art. 12.3 LO 2/2009). La asistencia sanitaria, por otra parte, se somete exclusivamente al requisito de la inscripción en el padrón municipal para acceder a este derecho en igualdad de condiciones con los españoles (art. 12.1 LO 2/2009). Este requisito configura, *de facto*, una situación intermedia. La asistencia sanitaria en situación de irregularidad se reserva para casos excepcionales por su urgencia o gravedad (art. 12.2 LO 2/2009). Los derechos sociales de los emigrantes no tienen un estatuto homogéneo y están sometidos a una afectación múltiple que define un contenido situacional muy diverso. Pero lo más relevante, en este caso, es que se puede hablar propiamente de desconstitucionalización.

Nuestro TC negaba que un estatuto diferenciado de los derechos de los emigrantes supusiera una desconstitucionalización de los mismos. La doble configuración legal, por un lado derechos sociales-principios rectores y por otro derechos de los extranjeros, opera la desconstitucionalización, porque en ambas situaciones la normatividad constitucional se expresa de forma especialmente débil.

No se trata de hacer una referencia a los distintos derechos sociales,²⁹ en un trabajo que tiene un sentido general, sino de señalar el estatuto especialmente débil de estos en su construcción jurídica.

6. A modo de conclusiones: algunas observaciones finales

La construcción del estatuto jurídico de los derechos de los emigrantes se basa en dos criterios: el de rentabilidad y el de primacía del mercado de trabajo nacional. El primero está vinculado y extrema los efectos perversos del carácter distributivo de los derechos sociales. El segundo establece jurídicamente una

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. y 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», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2008, nº 18, pp. 235 y ss.; Gómez Abelleira, F. J., «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, nº 63, pp. 101 y ss.

contradicción, tensión, entre intereses de los nacionales y de los extranjeros, pues plantea el espacio de los derechos, incluido el derecho al trabajo, como terreno de conflicto en la lógica de «suma cero», que se traslada, también, a la distribución en el campo de la protección social. Si los derechos sociales manifiestan una dimensión conflictual en su articulación jurídica y constitucional, en el caso de los emigrantes el espacio de conflicto se articula entre nacionales y emigrantes. El principio de «preferencia nacional» opera como eje del conflicto que interioriza el ordenamiento y se manifiesta como factor de legitimación de la desigualdad en la ciudadanía social.

Políticamente, el principio de «preferencia nacional», que cumple funciones de legitimación interna, se construye sobre la base del funcionamiento del mercado nacional de trabajo, su capacidad, y pretende controlar el «efecto llamada» en la gestión del mismo. Parece admitido que la economía sumergida, que en nuestro caso representa casi un cuarto de la economía del país, constituye el factor más poderoso del efecto llamada en la entrada inicial de los emigrantes. Además es un factor generador de desigualdad, pues precisa de la precariedad. La literatura sobre el mercado dual ha sostenido que la igualdad entre nacionales e inmigrantes es un factor de estabilización del mercado laboral, reflexión que debe ser debidamente considerada.

Por otra parte, suscita perplejidad la construcción jurisprudencial de la dignidad de la persona, sobre la que se han construido las últimas reformas de la normativa sobre la extranjería. Alguna doctrina ha señalado la contradicción entre dignidad y concepción mercantilista de la inmigración.³⁰ La contradicción entre la consideración del emigrante como factor productivo y su dignidad impide considerar a ésta ajena a los derechos sociales. Por ello resulta paradójico que la construcción de los derechos sociales de los emigrantes que ha hecho la jurisprudencia constitucional excluya la dignidad.

30. López López, J., «Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, nº 76, pp. 23 y ss.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

349.314.7

Gonzalo Maestro Buelga, catedrático de derecho constitucional de la Universidad del País Vasco

es Los derechos sociales de los emigrantes

p. 53-72

El presente trabajo pretende aproximarse al estatuto jurídico de los derechos sociales de los emigrantes. El problema fundamental que se plantea es el de la especial precariedad de los emigrantes en situación de irregularidad (carencia de permiso de residencia y de trabajo); en este colectivo la regularidad administrativa actúa como filtro de acceso a los derechos sociales. Los problemas de constitucionalidad emergen precisamente de esta situación. Los emigrantes en situación regular, en esencia, gozan de

los mismos derechos sociales que los españoles, por lo que los problemas que presentan son los generales de esta categoría de derechos. Las libertades sociales son la excepción fundamental, ya que se distancian de la exigencia de la regularidad administrativa para el acceso a estos derechos. La construcción jurisprudencial sobre la dignidad humana como criterio de acceso a los derechos no ha traspasado a la ciudadanía social de los emigrantes irregulares, que carecen, sin más, de ésta.

Palabras clave: derechos sociales; emigración; dignidad de la persona; libertades sociales.

RESUM**Revista catalana de dret públic**, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

349.314.7

Gonzalo Maestro Buelga, catedràtic de dret constitucional de la Universitat del País Basc

es Los derechos sociales de los emigrantes

ca Els drets socials dels emigrants

p. 53-72

Aquest treball pretén aproximar-se a l'estatut jurídic dels drets socials dels emigrants. El problema fonamental que es planteja és el de l'especial precarietat dels emigrants en situació d'irregularitat (manca de permís de residència i de treball); en aquest col·lectiu, la regularitat administrativa actua com a filtre d'accés als drets socials. Els problemes de constitucionalitat emergeixen precisament d'aquesta situació. Els emigrants en situació regular gaudeixen, en essència, dels mateixos

drets socials que els espanyols, raó per la qual els problemes que presenten són els generals d'aquesta categoria de drets. Les llibertats socials en són l'excepció fonamental, ja que es distancien de l'exigència de la regularitat administrativa per accedir a aquests drets. La construcció jurisprudencial sobre la dignitat humana com a criteri d'accés als drets no s'ha traspassat a la ciutadania social dels emigrants irregulars, els quals, ras i curt, no en tenen.

Paraules clau: drets socials; emigració; dignitat de la persona; llibertats socials.

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by the authors

349.314.7

Gonzalo Maestro Buelga, chaired professor of Constitutional Law at the University of the Basque Country

es Los derechos sociales de los emigrantes

en Immigrants' Social Rights

p. 53-72

The aim of this paper is to take a closer look at the legal status of the social rights of immigrants. The main problem raised is the particular precariousness of undocumented immigrants (those who lack work and residence permits); for them, having one's papers in order is the gateway to social rights. The issues of constitutionality emerge precisely from this situation. Immigrants with their papers in order basically enjoy the same social rights

as Spaniards; consequently, the problems they face are general social rights issues. Labor freedoms are the main exception, since they are far removed from the requirement of having all of one's papers in order to have access to these rights. Case law resting on human dignity as a criterion for access to rights has not been transferred to the social citizenship of undocumented immigrants, who find themselves denied it outright.

Key words: social rights; immigration; dignity of the person; labor freedoms.