

INMIGRACIÓN Y DERECHO DE TRABAJO

Jesús M^a GALIANA MORENO
Universidad de Murcia

Permítanme, por elemental cortesía universitaria, que mis primeras palabras sean de agradecimiento para quienes me han invitado a participar en este Simposio sobre “El Islam en Europa hoy”: el Departamento de Estudios Árabes e Islam de esta Universidad Complutense de Madrid, el Instituto Universitario y la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones y, de modo especial, la Profesora Montserrat Abumalham, responsable de este Simposio, quien hace ya tiempo me expresó personalmente su deseo de que interviniera en el mismo, cosa que hago hoy con especial satisfacción.

Como es obvio, no voy a hablar del Islam en ninguna de sus vertientes, pues carezco de toda legitimación para hacerlo. En la medida en que el Simposio gira en torno al tema de las migraciones, que tienen un importante contenido laboral, intentaré, como se me pide, hacer una breve síntesis de cuál es la percepción que desde el sector del Ordenamiento Jurídico que profeso se tiene de ese fenómeno social que son las migraciones laborales, los desplazamientos desde el propio país a uno extranjero en búsqueda de un puesto de trabajo.

Quisiera, ya desde el principio, acotar esa realidad de las migraciones haciendo con carácter previo tres afirmaciones.

La primera de ellas es que el fenómeno migratorio tiene una doble cara. Por un lado, aparece el incuestionado derecho de emigración, que, desde hace mucho tiempo se concibe como un derecho fundamental de la persona y es reconocido como tal en múltiples textos internacionales. Pero, como segunda cara, cuando ese derecho fundamental a la emigración trata de ejercitarse efectivamente, convirtiéndose el individuo en inmigrante en un determinado país, se encuentra por lo común con una serie de barreras a superar: unas de orden administrativo para entrar en el país de destino y otras conectadas con las necesidades efectivas de su mercado de trabajo, si pretende ejercer una actividad laboral en el mismo. Por ello se suele decir que el derecho de emigración es un derecho incompleto, en la medida en que la aparatosa configuración de derecho fundamental que se le

confiere en origen, luego no se corresponde con la realidad de las limitaciones, a veces importantes, que los Estados establecen para aceptar la llegada de inmigrantes.

La segunda afirmación, es que la inmigración es hoy, como se sabe, un fenómeno masivo. No quiero abrumarles con cifras, a las que los juristas somos por lo general muy reacios, pero si confrontamos los datos estadísticos, según el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a 30 de junio de este año, había en España 2.804.303 extranjeros censados, cuando en 1991 (tomando como fuente al Consejo Económico y Social) no pasaban de 350.000. Son datos suficientemente elocuentes, que nos indican que en quince años la población extranjera regular (la que reside legalmente) se ha multiplicado aproximadamente por ocho. A esa cifra hay que añadirle los inmigrantes irregulares, que en el último proceso de normalización llevado a cabo en el año 2005, se estimaba oficialmente que superaban el millón y medio.

La tercera y última afirmación, conectada con la anterior, es que la inmigración es un fenómeno importante y necesario. Los inmigrantes que llegan a nuestro país (regulares o irregulares) vienen a cubrir huecos existentes en nuestro mercado de trabajo, a realizar aquellas funciones u oficios que los autóctonos no queremos desempeñar. Vienen, al propio tiempo (en España y en buena parte de Europa), a compensar los déficits de población originados por las escasas tasas de natalidad y contribuyen, en buena medida, a afianzar nuestros sistemas de Seguridad Social, que, sin ellos, se verían seriamente comprometidos. Es cierto que, al propio tiempo, el sistema se ve afectado por un importante incremento en las prestaciones (sanitarias y económicas) que otorga, pero, en conjunto, me atrevería a afirmar que el saldo de la inmigración debe considerarse como positivo.

* * *

Para plantear, como eje central de esta participación, cuál es la reacción del Ordenamiento jurídico laboral ante el fenómeno migratorio, creo que hay que considerar dos perspectivas: la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, en cuanto España es miembro de ella desde hace ya veinte años, y la perspectiva de nuestro Derecho interno.

En el marco europeo, la migración intracomunitaria ha ido desprendiéndose de sus trabas para dar paso, de modo escalonado, a la libre circulación de trabajadores. Libre circulación del factor trabajo, que, junto con la de mercancías, servicios y capitales, constituye una de las libertades básicas de la Unión Europea.

Las etapas sucesivas de puesta en práctica de la libertad de circulación de trabajadores coinciden con los tres Reglamentos que históricamente la han regulado: el Reglamento de 1961, el de 1964 y el vigente de 1968, varias veces reformado.

En el Reglamento de 1961, la inicial libertad de circulación aparece muy mermada, puesto que en Europa rige por entonces el principio de primacía de los

mercados nacionales de empleo. Existen, por tanto, importantes controles y los trabajadores comunitarios deben proveerse del oportuno permiso de trabajo.

En 1964, fecha del segundo Reglamento, se da ya una cierta preferencia al mercado comunitario del empleo al regular la libre circulación. Aunque los permisos de trabajo son de concesión automática, se contemplaba, en determinadas circunstancias, la vuelta a la defensa de los mercados nacionales.

La preferencia efectiva del mercado europeo sólo se instaura realmente con el Reglamento de 1968 (como hemos dicho, el vigente), aunque debo hacer una aclaración al respecto. Esa preferencia, entonces y ahora, está sujeta a determinadas cautelas, existiendo mecanismos de defensa de los mercados nacionales que se activan cuando se producen nuevas adhesiones de Estados miembros. Así, cuando se incorporó Grecia a la Unión Europea en el último cuarto del siglo pasado, se incluyó en el Tratado de Adhesión una cláusula que difería en el tiempo, mediante la instauración de un periodo transitorio, la entrada en vigor de la libertad de circulación. Pasó lo mismo cuando España y Portugal nos adherimos unos cuantos años después. Ha ocurrido con los últimos 10 Estados miembros que se han incorporado y está pasando ahora, cuando se anuncia la próxima incorporación de Bulgaria y Rumanía.

Pero, en cualquier caso, y con las matizaciones que se quiera, los trabajadores intracomunitarios (incluido hoy el Espacio Económico Europeo), constituyen una categoría de emigrantes de carácter privilegiado, en cuanto no están sometidos a discriminación alguna por razón de la nacionalidad en el acceso al puesto de trabajo, sino que lo hacen en paridad de circunstancias con los trabajadores nacionales. En cuanto ciudadanos de la Unión gozan de múltiples derechos. Por supuesto, la igualdad de condiciones laborales, así como importantes derechos en materia de Seguridad Social a través de los Reglamentos de coordinación del sistema.

Junto a ellos están los inmigrantes en sentido propio, esto es, los provenientes de países terceros, que no tienen un trato tan privilegiado. Con relación a esos inmigrantes de países terceros, es decir, de países que no forman parte de la Unión Europea (ni del Espacio Económico Europeo), recordaría que la regulación de sus condiciones de acceso al mercado de trabajo ha pertenecido tradicionalmente al ámbito interno del Derecho de cada Estado. Que las competencias en materia de inmigración sean de los Estados miembros es algo cuestionable, puesto que la inmigración debe preocupar a la Unión Europea y posee incidencia evidente en la puesta en práctica del llamado Mercado Común. Por ello, las competencias sobre inmigración parece que deberían de haber sido hace mucho tiempo asumidas por la Comunidad. Pero, no ha sido así y la inmigración se ha mantenido en el marco competencial de los derechos internos de los Estados miembros.

Esa competencia de cada Estado en materia migratoria choca con el hecho cierto de que la Comunidad Europea ha tenido que recurrir con insistencia a la mano de obra de terceros países. En los años de bonanza económica que son los años 60 del siglo pasado, el poner en marcha la reconstrucción europea no fue

posible sólo con trabajadores del entorno comunitario. Entonces la zona pobre, si quieren que lo diga en términos coloquiales, de la Comunidad era Italia y, más adelante, Irlanda. No bastaba, sin embargo, con la mano de obra italiana o irlandesa para cubrir las necesidades de países como Alemania o Francia, sino que hubo que recurrir a la inmigración masiva de trabajadores de países terceros, como los turcos, los magrebíes o los españoles.

Cuando empezaron las crisis de los años 70, las crisis del petróleo, hubo excedentes de mano de obra y, paradójicamente, los empresarios a veces preferían la mano de obra de los países terceros a la mano de obra europea porque ésta tenía un nivel de protección en el marco laboral comunitario del que carecían, en principio, los trabajadores de esos países terceros. Por ello, la Comisión - que, como hemos dicho, no tenía competencias en materia de migraciones -, tuvo que recomendar en el primer Programa de Acción Social de la Comunidad para los años 1974 a 1976, medidas a favor de los inmigrantes de países terceros, que equipararan de alguna forma el nivel de derechos de éstos con los de los nacionales de los Estados miembros, entre otras cosas para evitar un cierto *dumping* social.

En el Tratado de Maastricht (1992), ya se apuntó la necesidad de coordinación de funciones dentro de la Comunidad en materia de migraciones, al considerar estos problemas como de interés común. Pero, fue realmente el Tratado de Ámsterdam (1997) el que introdujo en el Tratado CE, un nuevo Título 4º, sobre "*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*". El tratado de Ámsterdam, dicho de forma concisa, lo que establece es la posibilidad de que el Consejo regule algunas materias conectadas con las migraciones, no de forma autónoma, independiente, con competencia exclusiva, sino con competencias que van a ser compartidas por los Estados miembros, en la medida en que a éstos se les permite seguir dictando normas de extranjería, si quieren que lo diga así, siempre que las mismas sean compatibles con el Tratado de la Unión en su versión consolidada, y siempre que sean compatibles, claro es, con las normas internacionales.

En todo caso, los pilares de la futura armonización se asientan sobre una base que ya es realidad, el control de fronteras. Aunque el acervo de Schengen, desde sus titubeantes inicios en 1985, costó mucho que llegara a implantarse para el control real de fronteras, hoy es ya, en principio, un tema que se domina desde la Comunidad, donde, si no estoy equivocado, hay un sistema de visado único.

Existe otra serie de materias donde el Tratado confiere determinadas competencias al Consejo. Por ejemplo, para regular las condiciones del libre desplazamiento intracomunitario de los emigrantes de países terceros, o las medidas para que los inmigrantes que residan legalmente en un país de la Unión Europea puedan hacerlo en otro, etc. Es cierto, sin embargo, que la regla de la unanimidad que rige en estas materias va a ralentizarlas mucho, y que, como subraya el Consejo Económico y Social, el incremento de países pertenecientes a la UE, el que seamos ahora 25, no va a favorecer tampoco que se ande ágilmente por estos pagos.

Diría, para resumir, que la política de la Comunidad Europea en relación con las migraciones tiene un doble eje de actuación. Por un lado se caracteriza por la lucha contra la inmigración ilegal, que es una lucha frontal, y por otro lado se caracteriza por el intento de mejorar los derechos de aquellos que residen legalmente dentro de la Unión. Hay una tendencia (no sé si a largo o a corto plazo) a igualar en la medida de lo posible las condiciones de los emigrantes de países terceros con la de los comunitarios y hay una tendencia clara a frenar y a reducir, a luchar, contra la inmigración ilegal.

* * *

Desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, lo primero que debe señalarse es la inestabilidad de la política legislativa en materia de inmigración, que se pone de manifiesto en la diversidad de normas que se han sucedido en un muy reducido espacio temporal tras la derogación de la vieja Ley de Extranjería de 1985, promulgada en unos momentos en que el fenómeno migratorio no alcanzaba las proporciones numéricas que ahora tiene. La Ley de Extranjería, norma sin duda represiva, fue inicialmente sustituida por la LO 4/2000 cuando el Gobierno presidido por Aznar carecía de mayoría suficiente en las Cámaras para actuar en solitario, por lo que la indicada norma (que establecía una cota muy alta de derechos para los extranjeros) fue, paradójicamente, aprobada con los votos en contra del PP. Cuando éste obtuvo poco después la mayoría absoluta, la Ley fue inmediatamente modificada (en el mismo año) por LO 8/2000, en términos mucho más restrictivos. Se promulga inmediatamente el correspondiente Reglamento, que por las extralimitaciones en que incurre es en parte anulado por una conocida Sentencia del Tribunal Supremo. La Ley 4/2000 resulta nuevamente modificada por Ley 14/2003, que recupera en alguna medida el consenso político extraviado, pero que sirve también para legalizar muchas de las extralimitaciones en que el Reglamento había incurrido.

Si, cambiando de perspectiva, nos atenemos a las trabas que los inmigrantes deben superar para entrar y trabajar legalmente en nuestro país, es sabido que el acceso de los extranjeros no comunitarios (los de países miembros de la UE gozan de libre circulación) al empleo se supedita a la obtención de una autorización administrativa (residencia y trabajo), que no se exige, claro es, a los españoles. Se parte, por tanto, de un principio común en el Derecho de Extranjería: la existencia de un trato preferente de los nacionales frente a los extranjeros a la hora de ocupar un puesto de trabajo.

La concesión de esa autorización (debe instarla el empresario) se condiciona, en principio, a la situación nacional del empleo, pero hay determinados supuestos en que, excepcionalmente, dicha situación del empleo no es tenida en cuenta (puestos de confianza; determinados familiares; renovaciones... etc.). También hay casos en que no se exige autorización para trabajar (técnicos y científicos; profesores

contratados por universidades; españoles que hubieran perdido su nacionalidad,... etc.).

Desde 1993 se consolidó la práctica de fijación anual de un contingente para contratación de trabajadores en origen. Últimamente, la LO 14/2003 ha introducido como novedad un sistema de entrada de inmigrantes (*el visado de trabajo y residencia*) que permite entrar, trabajar y residir sin necesidad de obtener otras autorizaciones administrativas, pero impide acceder al régimen general de autorizaciones para una residencia y trabajo posterior.

Superadas las barreras para entrar y trabajar en España quienes poseen un empleo de forma regular quedan, por imperativo constitucional y legal, equiparados a los españoles en sus derechos laborales sin que quepa ninguna discriminación por razón de su nacionalidad.

Al margen de estos mecanismos previstos por la normativa para controlar la entrada regular de inmigrantes, existen, como es sabido, amplios focos de inmigración irregular. Aunque ésta, por razones obvias, resulta difícilmente cuantificable, en la última regularización (o normalización, como se la denominó) acordada en nuestro país la propia Administración reconocía la existencia de decenas de miles.

Los inmigrantes irregulares, que son el núcleo de los problemas migratorios de hoy, evidentemente no gozan del estatuto protector de los que trabajan legalmente, pero poseen determinados derechos que el Ordenamiento no puede ignorar porque son derechos fundamentales de la persona (la libertad, el honor, la salud, por ejemplo). De ahí que los inmigrantes irregulares tengan, en mayor o menor medida, acceso al sistema sanitario o a la educación obligatoria. Incluso cuando se les contrata para trabajar al margen del cauce legalmente establecido, la ley les concede derechos de orden laboral (reclamar el salario, o percibir la indemnización que corresponda en supuestos de despido improcedente, por ejemplo), o incluso el acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social (como las derivadas de accidente de trabajo). Hay que precisar, sin embargo, que la enunciación legal resulta en este plano poco clara y de difícil aplicación en muchos casos.

La respuesta más notoria del Ordenamiento Jurídico al grave problema de la inmigración ilegal, aparte las puramente represivas, pasa por el recurso cíclico a la apertura de procesos extraordinarios de regularización, de los que siempre se ha dicho que son únicos o últimos (desde 1985 llevamos ya seis). Procesos que, junto a la posibilidad general de regularización por arraigo que introdujo la LO 8/2000, constituyen el puente que se ofrece a los inmigrantes irregulares para pasar a la legalidad.

* * *

Si se me permiten unas breves reflexiones para terminar, reiteraría que la inmigración es, sin duda, un fenómeno complejo. Un fenómeno en el que hay factores de empuje que contribuyen al deseo de abandonar el propio país (por

razones económicas o políticas) y factores de atracción que impulsan a venir a otro (desarrollo económico, bienestar social, mercados de trabajo abiertos). Factores de atracción que, evidentemente, se dan hoy en España y en buena parte de Europa.

Es, además, como dijimos, un fenómeno necesario. Es algo que hace que nuestros censos de población se incrementen y se rejuvenezcan, con las consecuencias favorables que ello supone para nuestros sistemas de Seguridad Social.

Es, en todo caso, un fenómeno problemático, susceptible de producir distorsiones sociales, unas derivadas de rechazos xenófobos y otras de dificultades de integración de los propios inmigrantes o de los límites de absorción de extranjeros que cada Estado tiene.

La función del derecho en temas de migraciones es particularmente compleja y enojosa, en cuanto trata de lograr un punto de equilibrio por esencia inestable: el que pretende acompasar el proclamado derecho de toda persona a salir de su país de origen y la defensa que de sus fronteras y de sus mercados de trabajo establecen los de destino. En la medida en que no se logre en el llamado mundo civilizado que los factores de empuje (los que incitan a los emigrantes a abandonar sus países, en especial las guerras o la pobreza) sean cada vez factores menos comunes, los ordenamientos jurídicos seguirán necesitando diseñar políticas migratorias restrictivas, que siempre encontrarán una *debida justificación* en la necesidad de defensa del orden social establecido.