

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS INMIGRANTES EXTRACOMUNITARIOS

Jesús R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III
de Madrid.

SUMARIO: I. Una nueva dimensión de la clásica «cuestión social».-II. Desconcierto y desconfianza frente a los flujos migratorios.-III. Nuevas realidades, nuevos valores: tolerancia y hospitalidad.-IV. Migraciones de la pobreza; el inmigrante como «refugiado económico».-V. La respuesta jurídica: parámetros constitucionales y legales: 1. La dimensión constitucional de la tutela de los trabajadores inmigrantes: A) La dignidad de la persona como fundamento de la tutela constitucional de la inmigración; B) ¿Una democracia virtual?: el estatuto del inmigrante irregular. 2. Parámetros legales. La intervención legislativa: bajo el signo de la desorientación: A) Inestabilidad normativa. Reformas y Contrarreformas. Marco legal; B) Procesos de regularización: historia de un desatino: a) Los primeros pasos. La utilización del sistema de cupos como instrumento «perverso» de regularización; b) El período de los procesos «puntuales» de regularización; c) Punto y seguido en la desorientada política en materia de inmigración. La atribulada vida del contingente para el año 2002 y la razonablemente sabia rectificación del aprobado para el 2003.-VI. La protección social de los inmigrantes: 1. La protección social de la inmigración regular: A) Bajo el signo de la equiparación; B) ¿Piedad peligrosa o tutela solidaria?: el papel de lo no contributivo en la protección social de los inmigrantes; C) La confusa definición en la Ley de Extranjería del concepto «asistencia social». 2. Amparo de pobres o la protección social del inmigrante irregular: A) La asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares. La calculada solidaridad legal; B) Asistencia social e inmigración irregular. 3. Séismo demográfico, crisis del Estado del Bienestar y función balsámica de la inmigración.-VII. A modo de conclusiones: «el yo es a veces otro»

I. UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA CLÁSICA «CUESTIÓN SOCIAL»

BASTA sentarse en una terraza de verano al atardecer y tener los ojos y oídos abiertos para apreciar el espectáculo sociológico hasta ahora desconocido: vendedores que no venden, sino limosnean con el pretexto de mecheros o pañuelos; mercaderes étnicos (chinos, norteafricanos) que arrastran un verdadero bazar en sus brazos, acompañantes latino-americanos de ancianos con los que pasean, ciudadoras de niños, dis-

tribuidores de comida rápida (empresas de *delivery*): nuevo mundo urbano ¿un mundo del trabajo?, en el que cobran un nuevo protagonismo ciudadanos de otros países y otras etnias. Un nuevo «paisaje étnico» (1), que requiere de estudio y reflexión.

Los cambios en las formas de concebir el sistema económico y los procesos agregados de globalización han producido un desarrollo inusual de los flujos migratorios, situación que a medio plazo producirá importantes transformaciones en la propia composición étnica de nuestras sociedades construyendo verdaderas «sociedades de inmigrantes» (2). Si cierto es que los desplazamientos humanos en busca de mejores condiciones de vida y de horizontes personales más amplios han sido una constante, no lo es menos que, en la actualidad, ese tipo de movimiento migratorio tradicional y el que caracterizó los años ochenta y noventa observa importantes singularidades. En la situación anterior, el emigrante solía abandonar un país de empleo escaso para desplazarse a un país de empleo abundante; en el momento actual, el emigrante deja un país de empleo escaso para situarse en otro país donde también son escasas las oportunidades de empleo (3).

Los hombres van a donde se crea la riqueza. Nadie emigra sin que medie el reclamo de alguna promesa. En tiempos pasados, la esperanza nacía fomentada por el aliciente de la leyenda: «La Tierra de Promisión», «La Arabia feliz», «la legendaria, Eldorado», son los mágicos relatos que motivaron a muchos seres humanos a ponerse en marcha rumbo a su encuentro. Por el contrario, en la actualidad, la «gran migración» (4), como se ha denominado a la situación que viven las economías occidentales, pone sobre la mesa la terrible paradoja de que, cuando se predica el fin del trabajo, anualmente pierdan la vida miles de personas en busca del dorado empleo occidental. Los que a bordo de un carguero turco a la deriva pugnan por afincarse en Italia o los magrebíes que desafían a la muerte cruzando el Estrecho, buscando llegar a las costas españolas para escapar de la miseria y el hambre, son buena muestra de esta realidad.

El acceso a un puesto de trabajo representa para la gran mayoría de los inmigrantes la única vía de supervivencia en un país ajeno, el elemento indispensable que les confiere dignidad en cuanto seres humanos y, en consecuencia, sólo el acceso al empleo, únicamente la incorporación al mundo del trabajo y el consiguiente disfrute de unas condiciones de vida dignas, permite finalmente la conversión del inmigrante en individuo que puede ejercitar los derechos inherentes a la dignidad de la persona. Precisamente por ello, la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social se convierte en un elemento trascendente que nos hace regresar a los momentos germinales de formación del Derecho Social y nos hace recuperar algunas de las claves que sirvieron para definir lo que en su día se consideró como la «cuestión social». La inmigración pone sobre la mesa ahora una nueva dimensión de la cuestión social que centrará, sin duda, las prioridades de la política social en este siglo.

(1) M. ALBROW, «Viajando más allá de las culturas locales. Paisajes sociales en una ciudad global», en U. Beck (comp.), *Hijos de la libertad*, FCE, México, 1999, pp. 282-283.

(2) M. WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 45.

(3) J. REQUIEJO GONZÁLEZ, *Estructura económica mundial*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 237-238.

(4) H. M. ENZENSBERGER, *La gran migración*, Anagrama, Barcelona, 1992.

II. DESCONCIERTO Y DESCONFIANZA FRENTE A LOS FLUJOS MIGRATORIOS

Esta realidad obliga, como se ha dicho con acierto, a abandonar la «cómoda homogeneidad étnica y cultural a favor de un creciente pluralismo y multiculturalismo» (5). El «multiculturalismo» es expresión que designa aquellos procesos complejos de interacción social que están aconteciendo en las sociedades avanzadas, cuyo denominador común es la relación analógica y dialógica entre las diversas tradiciones culturales (6), y consiste en un conjunto variado de fenómenos sociales que derivan de la difícil convivencia y/o coexistencia en un mismo espacio social de personas que se identifican con culturas diversas (7). Pero tan trascendentes cambios producen, necesariamente, posiciones sociales encontradas y una cierta desorientación a la hora de ser abordados. Un cierto «desconcierto migratorio» (8) ha sido, con seguridad, la idea que con más precisión ha servido para describir la forma en que social, política y jurídicamente se ha recibido esta nueva realidad. Buen ejemplo de esta idea es la propia acción comunitaria, ámbito en el que, a pesar de que se hable de «política de inmigración», la misma no es apreciable como tal y tan sólo de forma tenue es posible observar «percepciones compartidas» (9) fruto de la acción conjunta hasta ahora desarrollada. El gran reto de la Unión Europea es, pues, en el momento actual, el de restañar las heridas abiertas por una política descoordinada y anómica y trazar las bases de acciones asentadas sobre la idea de la coordinación interestatal.

Un balance de la nueva realidad permite componer un mapa repleto de tensiones que afecta tanto a las relaciones sociales como al sentido de la identidad nacional manifestado en la definición de los valores y la forma de vida del país huésped o, en fin, a la extensión de las garantías de protección social, piedra angular del moderno Estado del Bienestar. Procesos que resultan tanto más intensos si a ellos se unen otros factores como la mutación que algunos países han sufrido en el sentido de la marcha en lo que hace en su modo de ver y de entender los fenómenos migratorios, al haber transitado desde una realidad «emigratoria» a una «inmigratoria», transmutación que ha supuesto, por ende, una agudización de las contradicciones institucionales y sociales, hecho éste, evidentemente, predicable de la realidad española. Un vistazo a la legislación sobre emigración pone de relieve una situación que amenaza ruina, abandonada por el uso social y que empieza a formar parte de nuestra arqueología jurídica, realidad que contrasta con la flamante y pujante regulación de la normativa en materia de extranjería.

Pero, junto al desconcierto, a la hora de representar el sentir social frente al fenómeno migratorio, un segundo factor es el de la desconfianza. El planteamiento

(5) En expresión de F. VALLESPÍN, «Muerte en el paraíso», *El País*, 6 de enero de 2001.

(6) W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, *passim*.

(7) E. LAMO DE ESPINOSA, *Culturas, Estados y ciudadanos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 14-18.

(8) V. FISAS, «El desconcierto migratorio», *El País*, 1 de febrero de 2001.

(9) R. ZAPARA-BARRERO, «Política de inmigración y Unión Europea», *Claves de la Razón Práctica*, 2000, núm. 104, p. 31.

defensivo es el que ha caracterizado la «presentación» oficial del fenómeno migratorio y su mejor representación plástica es la de la «Europa fortaleza» (10). Y es que lo que desde distintos frentes se trasmite es la necesidad de defensa frente al inmigrante, frente a los «nuevos ladrones de empleos» que vienen a nuestro territorio apropiándose de las escasas oportunidades laborales existentes (11). Con todo, la presencia de extranjeros en territorio español no ha alcanzado una cifra susceptible de interpretarse en términos de riesgo (según los demógrafos, el umbral crítico a partir del cual pueden desencadenarse tensiones de envergadura lo constituye una población inmigrante superior al 10 por 100) sin que tampoco resista comparaciones con las cifras que se manejan en otros países de nuestro entorno, quedando la situación española lejos aún de la media comunitaria. No debe olvidarse que más de 13 millones de inmigrantes de países no comunitarios viven en países de la UE, lo que representa un 3,6 por 100 de su población. Austria y Alemania son los países con mayor porcentaje de inmigrantes, con un 8 y un 6,6 por 100, respectivamente, mientras en el otro extremo se encuentra España, con un 0,8 por 100, según datos oficiales. Con todo, el clima social en relación con la inmigración apunta a la desconfianza.

III. NUEVAS REALIDADES, NUEVOS VALORES: TOLERANCIA Y HOSPITALIDAD

Los retos sociales generados por el aumento de los flujos migratorios han contribuido a producir un clima político-social ciertamente complejo. Así, es perceptible un arco de posiciones que, gráficamente, se situarían entre una especie de bonhomía militante, empeñada en la defensa de ideales del tipo «ciudadanos del mundo en un mundo sin fronteras» y, en el otro extremo, posiciones rayanas con el racismo y la xenofobia. Entre ambos extremos, un tornasol de variados estados de la «conciencia civil» respecto al fenómeno inmigratorio (12).

Como señala Victoria Camps, «el respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia produce directamente totalitarismo. Una sociedad plural descansa en el reconocimiento de las diferencias, de la diversidad de costumbres y formas de vida» (13). La

(10) Un balance de las políticas comunitarias en esta materia, J. R. MERCADER UGUINA, A. MUÑOZ RUIZ, «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 32, pp. 35 a 62.

(11) V. NAVARRO, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Madrid, 2002, p. 71, donde señala que «en realidad, cuando se dice que hacen falta inmigrantes se está diciendo que falta mano de obra barata, lo cual crea inseguridad en grandes sectores de clase trabajadora, puesto que la existencia de un amplio sector con salarios bajos amenaza a todos los trabajadores, pues presiona los salarios hacia abajo».

(12) J. L. MONEREO PÉREZ, «Comentario al artículo 1», en J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Comares, Granada, 2001, p. 70.

(13) V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Austral, Madrid, 1996, p. 73.

«política de la diferencia» (14), el deber de respeto mutuo derivado del reconocimiento de una igualdad fundamental de todos los seres humanos es la esencia de la libertad y de una sociedad civilizada (15). Todo ello requiere rescatar la retórica de la tolerancia como virtud pública vinculada a los procesos de fragmentación social (16). La interculturalidad parte del hecho multicultural de los conflictos potenciales entre culturas incompatibles, y pretende buscar caminos de convivencia. La tolerancia es una virtud indiscutible de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas produce la verdadera integración dentro de un proceso bidireccional que, en cuanto tal, exige ductilidad en la sociedad receptora, que alimente, en términos de Habermas, un nuevo «nacionalismo cívico».

Durkheim decía que la calidad moral de una cultura se medía por su relación con lo extraño. La idea de tolerancia se convierte en este contexto en un valor esencial, y ello desde sus dos distintas vertientes: positiva y negativa. La tolerancia negativa del soportar y la tolerancia positiva del comprender. No obstante, como ha señalado Thiebaut, el carácter borroso de ambas vertientes «hace a veces que no sepamos con claridad hasta qué punto soportar –sobre la base de qué razones– y hasta qué punto se nos requiere comprender» (17).

La vertiente positiva identificada con la tolerancia se vincula al esfuerzo necesario para reconocer las diferencias y comprender al otro. La nueva realidad de la inmigración exige enfrentarse a ella con mente abierta comprendiendo los problemas y adaptando nuestras formas de pensar. Un buen ejemplo de esta necesidad puede hallarse en el supuesto de hecho que sirve de base a la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899). En la misma se conoce del recurso de suplicación planteado por el INSS contra la sentencia previamente dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de La Coruña de 13 de julio de 1998 (AS, 1493) (18), en el que se había reconocido el derecho al reparto en partes iguales entre las cónyuges supervivientes de la pensión de viudedad de un *trabajador autónomo de nacionalidad senegalesa polígamo*. La sentencia de suplicación confirma la de instancia al considerar que «el causante había contraído matrimonio con las demandantes al amparo de la legislación de su país, Senegal, simultaneando los vínculos, consecuencia del régimen matrimonial poligámico instaurado en dicho país [...]. Con el contexto de los artículos 49 y 50 CC, es dable reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contraídos de conformidad con el ordenamiento del lugar donde fueron celebrados [...]. Desde lo anterior, a pesar de la proscripción

(14) M. WALZER, *La política de la diferencia: estatalidad y tolerancia en un mundo multicultural*, Isegoria, 1996, núm. 14, pp. 37-53.

(15) Merece ser releída, en este momento, la obra de J. LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1985 (edición a cargo de P. Bravo Gala). En general, sobre el citado autor, *vide*, el ensayo de J. I. SOLAR CAYÓN, *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.

(16) J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 11-16.

(17) C. THIEBAUT, *De la tolerancia*, Visor, Madrid, 1999, p. 62.

(18) Comentando el referido pronunciamiento, O. MOLINA HERMOSILLA, «Poligamia, trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes», AS, 2001, núm. 8, y R. LÓPEZ MOSTEIRO, *La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social*, Sentencias del TSJ y de la AP y otros Tribunales, 2001, núm. 19.

en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (art. 12.3 CC), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta [...], sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de la Seguridad Social de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional».

Pero la tolerancia requiere también separarse de prejuicios y abordar la realidad migratoria. Como ha señalado Rawls, la tolerancia es una «virtud política» que desalienta la discriminación racial (19). Muy alejada de este ideal está, sin duda, la STC 13/2001, de 29 de enero (20). Los presupuestos fácticos de la misma se resumen del siguiente modo: encontrándose los demandantes de amparo, la Sra. Williams Lecraft, de raza negra, su esposo e hijo, en la estación ferroviaria de Valladolid, vieron cómo efectivos de la Policía Nacional únicamente requerían a la Sra. Williams Lecraft para que procediese a su identificación. Ante las protestas de su marido, fueron trasladados a dependencias policiales, donde se comprobó que la Sra. Williams era de nacionalidad española, por lo que la policía pidió disculpas y dejó marchar a los tres demandantes. Con fundamento en estos hechos, promovieron una reclamación por daños morales que fue desestimada por el Ministerio del Interior y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso interpuesto contra aquella resolución. La revocación de tales pronunciamientos y el reconocimiento del derecho ejercitado constituían la pretensión de amparo. El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión fundamental relativa a si existió discriminación por razón de raza. La Sala indica que la Policía usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la identificada no fuese española. Todo ello conduce a que la discriminación no fuera patente, teniendo presente la actuación de la policía, ni se ejecutó de forma desconsiderada, ofensiva o gratuitamente obstaculizante de la libertad de circulación de la demandante» (FJ 9), de suerte que no puede hablarse de un trato «humillante o simplemente desconsiderado» (FJ 10). Un certero voto particular del Magistrado González Campos acompaña a la Sentencia. Ciertamente, el factor razonabilidad es un formidable instrumento discursivo de la justicia constitucional, hasta el punto de que se ha hecho coincidir juicio de razonabilidad con juicio de constitucionalidad, tanto en su contenido, como en su límite (21), pero lo cierto es que «motivada y razonablemente se pueden vulnerar la práctica totalidad de nuestros derechos fundamentales» (22).

(19) J. RAWLS, *Liberalismo político*, FCE, México, 1996, p. 189.

(20) Sobre la misma pueden verse los comentarios de M. GONZALO QUIROGA, «Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad», *La Ley*, 2001, núm. 5291, pp. 1 a 5; M. PULIDO QUECEDO, «Discriminación patente por razón de raza e identificación policial», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, núm. 2, pp. 9 a 13.

(21) A. CARRASCO PEREA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *REDC*, 1984, núm. 11, p. 53.

(22) F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «Derechos fundamentales. Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2000», *REDC*, 2001, núm. 61, p. 290.

La precisa determinación de los fundamentos éticos de esta sociedad futura no es, desde luego, una cuestión sencilla ni que deba ser observada con criterios voluntaristas: el multiculturalismo no pretende una integración diferenciada, sino una desintegración multiétnica: ¿La sociedad pluralista debe acoger enemigos culturales? (23). No todos los inmigrantes son iguales: un inmigrante de cultura teocrática plantea problemas muy distintos de aquel que acepta la separación entre religión y política. En este contexto, se hace indispensable repensar la idea de hospitalidad (24). La solidaridad se generaliza, compromete al Estado y redimensiona sus funciones clásicas. Pero estos cambios no son neutros y exigen de una reflexión integral sobre la actual función de los Estados de Providencia. Ciertamente, el bienestar social proporcionado por el Estado ha funcionado bajo lo que Rawls llama un «velo de ignorancia» (25): el principio asegurador presuponía que los individuos eran iguales ante los diferentes riesgos sociales susceptibles de afectar su existencia y todos los miembros de la sociedad podían considerarse solidarios en la medida en que se percibían como un grupo afectado por una clase de riesgos relativamente homogénea. Pero esta realidad, al perder su homogeneidad, se transforma y con ello la percepción de lo justo y de lo injusto, de lo socialmente aprobable y reprobable, del bien y del mal social; en suma, el balance entre lo deseable éticamente y lo viable prácticamente impone una adecuada valoración que tome en cuenta una tan compleja realidad.

IV. MIGRACIONES DE LA POBREZA; EL INMIGRANTE COMO «REFUGIADO ECONÓMICO»

Las «migraciones de la pobreza» (26) se están convirtiendo, pues, en un hecho básico en la economía, pero también en la política, tal como ésta se redefinirá en el próximo siglo. Una revolución económica que desvaloriza el espacio y revaloriza a los hombres. En prácticamente todos los casos de movimientos migratorios, las razones de las migraciones pueden resumirse en una «falta de satisfacción» con la vida presente (elemento de expulsión), y en un «vago presentimiento» de una mejor vida en otra parte (elemento de atracción). Los *factores de empuje o push factors* se sitúan en causas de tipo demográfico y económico (sobre todo razones vinculadas a la misma subsistencia, debida a una inadecuación entre la población existente en un lugar y la disponibilidad de puestos de trabajo) e incentivan los desplazamientos de población joven, y sobre todo de la soltera y masculina, que suele desplazarse individualmente (27). Por lo que hace a los *factores de atracción*

(23) G. SARTORI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, p. 105.

(24) D. INNERARITY, *Ética de la hospitalidad*, Península, Barcelona, 2001, p. 207.

(25) J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1978, p. 163, quien define esta posición como aquella en la que las partes «no saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales».

(26) J. M. GUEHENNO, *El fin de la democracia*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 24.

(27) A. D'ENTREMONT, *Geografía Económica*, Cátedra, Madrid, 1997, p. 64.

o *pull factors*, éstos hacen referencia a las expectativas de la gente respecto del nuevo modo de vida que se pretende emprender en otro lugar. Normalmente, estas expectativas coinciden, más o menos, con la realidad objetiva del lugar de destino, pero otras veces se trata más bien de un profundo anhelo del espíritu que de la realidad objetiva de las cosas.

En la base de todo ello se encuentra el modelo de desarrollo económico imperante en la era de la globalización de la economía mundial. Como ha señalado Beck, la globalización opera sobre el trabajo desde una doble perspectiva (28). De un lado, «emigran no las personas sino los puestos de trabajo», que son exportados allí donde viven pobres y parados, es decir, a regiones del mundo superpobladas; de otro, las «migraciones globales», que van desde las regiones superpobladas a regiones pobres en población, con un elevado y cautivador nivel de vida, todo lo cual supone, en último extremo, el sometimiento de los flujos migratorios a criterios de racionalidad económica. Ello explica la consideración preferente de los «emigrantes como “recursos humanos» a través de la fórmula mágica de su tratamiento jurídico-político bajo el programa de medidas jurídicas de carácter “externo” para la ordenación de la demanda de mano de obra» (29).

En este contexto, y confirmado que los mercados de trabajo nacionales se revelan incapaces de atender el aumento de demanda de trabajadores, la inmigración se convierte en eficaz complemento para restablecer el equilibrio entre oferta y demanda de trabajo. La «nuevas fuerzas medias» son ahora utilizadas para la prestación de servicios que, por su penosidad, por su escasa valoración social, han devenido una especie de «nuevos trabajos serviles» (30), señaladamente los de atención a personas (enfermos, ancianos, niños), a los que se une el desarrollo de otras actividades caracterizadas, también, por la exigencia de una escasa cualificación y que aparecen vinculados con sectores de actividad con escasas exigencias tecnológicas (agricultura, construcción, etc.), a los que se aparejan, paralelamente, retribuciones más bajas (31). La ocupación por inmigrantes ilegales o clandestinos de aquellos trabajos denominados 3D (*demanding, dangerous, dirty*: difíciles, peligrosos y sucios), o rechazados por la población europea, ha sido considerada, con todo, por el Parlamento Europeo, un factor que ha «contribuido de manera fundamental al desarrollo económico europeo» (32). Pero tan feliz balance no debe olvidar en este contexto de agradecimiento a los servicios prestados la relación directa existente entre inmigración y economía sumergida. Parece evidente que el endurecimiento de las políticas inmigratorias favorece que los inmigrantes clandestinos o irregulares vengán a engrosar el campo de reclutamiento de mano

(28) U. BECK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 39.

(29) J. L. MONEREO PÉREZ, «Comentario al artículo 1», *cit.*, p. 68.

(30) J. L. MONEREO PÉREZ, «Comentario al artículo 1», p. 68.

(31) La mayor cifra corresponde al sector servicios, seguido del agropecuario, la construcción y la industria. En el predominio del sector servicios, no es ajena la política de reclutamiento de mano de obra exterior que opera a través de los «contingentes» y que contribuye a la feminización de la inmigración. Al respecto, M. J. CRIADO, *La línea quebrada. Historia de vida de migrantes*, CES, Madrid, 2001, p. 57.

(32) Resolución de 30 de marzo de 2000 sobre los solicitantes de asilo y los inmigrantes: planes de acción para los países de origen y de tránsito. Grupo de alto nivel, DOCE C 378, p. 77.

de obra para la economía sumergida, por lo que, como certeramente se ha señalado, «el mundo sumergido del trabajo irregular puede ser considerado el ámbito por excelencia en el que los inmigrantes respondan en manera paradójicamente eficaz a las exigencias generadas de las transformaciones de los sistemas productivos» (33).

El impacto de los inmigrantes en la economía y en el mercado de trabajo ha sido leído en términos de sustitución de la mano de obra nacional por la extranjera. No obstante, como se ha señalado, tal visión parte de una concepción estática de la económica del que deriva la idea de un número fijo de empleos. Frente a ellos, se ha venido defendiendo el papel de los inmigrantes como mano de obra complementaria, más que sustitutoria, que no concurriría con la oferta de trabajo nacional. Estas conclusiones coinciden con los análisis económicos realizados en esta materia. Según datos de la OCDE, apenas existe relación entre la tasa de desempleo de un país y la intensidad del flujo migratorio que al mismo se dirige. Se observa así países con una fuerte corriente migratoria y una tasa de desempleo relativamente baja, mientras se da el caso de países menos abiertos a la inmigración, con altas tasas de paro. Entre los primeros (fuerte inmigración y bajo desempleo) se encuentran Australia, Canadá, Estados Unidos y Austria. Entre las economías con alto nivel de paro, figuran algunas como España, Finlandia e Italia que, sin embargo, están mucho menos (o sólo recientemente) abiertas a flujos migratorios.

De igual modo, y frente a la idea de que los inmigrantes reducen los salarios de los trabajadores de los países receptores, los análisis económicos vienen demostrando una realidad contraria. En Estados Unidos, la conclusión ha sido que la elasticidad de los salarios respecto de la inmigración ha sido, como mucho, de 0,1, de forma que un incremento del 10 por 100 en el volumen de inmigración reduciría los salarios en no más de un 1 por 100. Los resultados varían en función del segmento de mercado de trabajo. Para zonas concretas del sudeste americano y segmentos de baja especialización, el impacto a la baja de la inmigración sobre los salarios ha sido mayor que en otras áreas geográficas. En Europa, los resultados son menos claros. En Francia, apenas se encontró relación entre el flujo de inmigración y el nivel de salarios. En Alemania, se identificó una ligera reducción de los salarios reales correspondientes a los *blue collar*, junto a un incremento de los *white collar*. De igual modo, se considera que los inmigrantes no son competitivos en términos de carrera profesional, dado que muestran una menor ambición de progreso laboral, puesto que su salario en el país de destino representa ya, en muchos casos, un considerable aumento respecto al que obtenían en el país de origen. No obstante, también se ha comprobado que, en poco más de una generación, tiene a producirse una creciente asimilación de los colectivos inmigrantes respecto de las comunidades locales en las que residen (34).

(33) B. CARUSO, «Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?», en J. López López (coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 241.

(34) Los datos expuestos pueden hallarse en CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *Informe sobre inmigración*, el texto se encuentra <http://www.extranjeria.info/publico/revista/010/10-02.pdf> (última visita: 19 de mayo de 2003).

V. LA RESPUESTA JURÍDICA: PARÁMETROS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

1. La dimensión constitucional de la tutela de los trabajadores inmigrantes

A) *La dignidad de la persona como fundamento de la tutela constitucional de la inmigración*

La dignidad es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido depende de los usos, valores y principios éticos imperantes en cada sociedad y cada momento histórico. El artículo 10.1 CE, en términos que recuerdan al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y la paz social». La dignidad de la persona consiste en el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno (35). De otro lado, el respeto de la dignidad de todo hombre impide tratarlo como un objeto o instrumento por parte del Estado o los demás, convirtiéndole en mera entidad sustituible (36).

La dignidad es la base y razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona. El reconocimiento y respeto de esos derechos es imprescindible para que la vida de la persona se desarrolle de modo conforme con su dignidad. El Tribunal Constitucional determina la posición jurídica de los extranjeros en España a partir de los artículos 10.1 y 13 CE, estableciendo en su conocida doctrina una triple clasificación de derechos, basada en último término en la distinción entre titularidad de los derechos y ejercicio de los mismos, por su conexión con la garantía de la dignidad humana.

Aparecen, en primer lugar, los derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. Así, «derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3). A estos derechos han de añadirse el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) y el derecho a la libertad personal y la seguridad (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1). La STC 95/2003, de 22 de mayo, acotan el alcance del derecho a la asistencia gratuita y declara que los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación *con cualquier tipo de proceso* siempre que gocen de la precisa legitimación.

El segundo escalón estaría integrado por los «derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitu-

(35) Sobre la conexión entre derechos y dignidad de la persona, *vid.*, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, voz «Dignidad de la persona», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, p. 2491, en donde insiste en que «los derechos fundamentales son considerados como facultades o pretensiones integrantes del *status básico* del individuo, elementos imprescindibles para su desarrollo y proyección inmediata de su dignidad de persona».

(36) J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, voz «Dignidad de la persona», *cit.* p. 2491.

ción, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen)» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3), con el alcance del artículo 13.2 CE precisado por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992; justamente en cumplimiento del criterio sentado por el Tribunal, el artículo 13.2 CE fue objeto de la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992 (como recuerda la STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2). Es decir, se trata de los derechos políticos, referidos exclusivamente a los ciudadanos españoles (con la salvedad del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales que pueda reconocerse por ley o Tratado, atendiendo a criterios de reciprocidad).

Finalmente, existen otros derechos no esencialmente vinculados con la dignidad humana y «que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3). Tal acontece, v.g., con la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado (art. 19 CE) y su concomitante derecho a residir dentro de ellas (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FFJJ 2 y 3; 116/1993, de 29 marzo, FJ 2; 242/1994, de 14 de julio, FJ 4; y 24/2000, de 31 de enero, FJ 4). Asimismo, habría que incluir en esta categoría los derechos de reunión y de asociación (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3). También el derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), así como el derecho a la seguridad social (art. 41 CE) y, con las matizaciones que más adelante se dirán, el derecho a la salud (art. 43 CE).

La anterior línea doctrinal ha sido criticada doctrinalmente, recomendándose, desde estas posiciones, visitar los fundamentos que sirvieron para construir pronunciamientos como la STC 107/1984, de 23 de noviembre (37). La realidad migratoria exige una atenta observación de la nueva composición social y una adecuación de principios, como el de igualdad, acordes con la definición de nuestro Estado como Social. A título de ejemplo, de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, se extrae que el valor igualdad reconocido en el artículo 1.1 CE prohíbe la realización de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo. La dignidad de la persona supone, así, una norma de conducta y un límite al ejercicio de los derechos, que actúa en dos direcciones: una dirección positiva (el hombre debe procurar el máximo respeto a la dignidad de las personas que con él se relacionan), y una dirección negativa (la dignidad de los demás opera como límite al ejercicio de sus derechos y, concretamente, al ejercicio de los derechos fundamentales).

B) *¿Una democracia virtual?: el estatuto del inmigrante irregular*

Como ha dicho Saramago, «ningún ser humano es humanamente ilegal». La bipartición social que divide a los inmigrantes que acceden a nuestro país en los legales e ilegales, al margen de utilizar para su descripción una terminología lamentable, es una situación que nos pone ante los ojos las deficiencias de un modelo de democracia y de ciudadanía que se basa en la exclusión. En efecto, la construcción de la categoría de irregulares constituye una lección de cómo se arro-

(37) P. CHARRO BAENA, P. BENLLOCH SANZ, «Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el fenómeno migratorio», en C. CLAVIJO, M. AGUIRRE (ed.), *Políticas sociales y Estado de Bienestar en España: las migraciones*, Madrid, Fundación del Hogar del Empleado, 2002, pp. 103-104.

ja «un estigma para segmentar a un grupo social inicialmente ya estigmatizado por el rótulo de inmigrante, que ya no es suficiente y por eso es preciso crear otra categoría inferior en el proceso de jerarquización social y calificarla en términos no ya de irregularidad administrativa sino de reproche penal» (38). Al lado del *trabajador huésped* (39), se sitúa el *inmigrante de los inmigrantes*, el trabajador indocumentado (40). Se borra, de este modo, la idea de ciudadanía, de modo que los trabajadores con estatuto personal complejo –legal, semilegal o de tolerancia si tienen trabajo, o ilegal–, pueden ser objeto de la mayor explotación y opresión social sin tener acceso a los mecanismos jurídicos más elementales de protección social.

La construcción de la categoría de irregulares es una muestra clara de las fronteras interiores de nuestras democracias, de la falta de coherencia en el modelo de la ciudadanía inclusivo: no podemos seguir manteniendo una ciudadanía anclada en la nacionalidad como fundamento de la exclusión o, por decirlo menos severamente, de la discriminación entre ciudadanos y extranjeros, una segregación que significa sobre todo discriminación entre ciudadanos europeos y ciudadanos extracomunitarios. Y, dentro de estos últimos, distinguimos entre los extranjeros no comunitarios, cuya situación económica privilegiada sirve para compensar las carencias que genera la falta de ciudadanía, al menos, europea (piénsese en la privilegiada situación de los jugadores de fútbol) y los extranjeros inmigrantes económicos que, además de no ciudadanos o no comunitarios, son pobres. Las diferencias europeas entre personas empiezan a recordar, se ha dicho con particular agudeza, a la antigua Roma: patricios, plebeyos, latinos, peregrinos, libertos... (41).

Los textos normativos europeos recogen las limitaciones pertinentes, orientadas por un principio de rechazo a la inmigración ilegal o incontrolada. En esta línea, el artículo 15.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que esos nacionales de terceros países que estén «autorizados a trabajar» en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea tienen «derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión». La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, hace en su artículo 3.2 la salvedad de que su contenido no afecta «a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales y de los apátridas», regla que se reitera en el artículo 3.2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

(38) J. DE LUCAS, *Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa: el debate en España*, en www.imsersomigracion.upco.es/otros%20documentos/congreso/datos/legislacion.htm.

(39) M. WALZER, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, FCE, 1993, pp. 68-73.

(40) G. MILLER, «Le clandestin ou l'immigré des immigrants», *Hommes & Migrations*, 1992, núm. 1154, p. 13.

(41) J. R. CAPELLA, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, p. 130.

Pasando al ámbito interno, si bien es cierto que el legislador dispone de la posibilidad de establecer condicionamientos respecto del ejercicio de estos derechos por los extranjeros, tales condicionamientos están obligados a respetar las prescripciones constitucionales. Entre estos posibles condicionamientos legales puede estar el requisito de hallarse en situación legal en el territorio español. A tal efecto, la Ley 8/2000 otorga a este colectivo los mismos derechos que tienen una estrecha vinculación con la dignidad de la persona, pero les niega el derecho a permanecer en el territorio español y, por ello, las libertades de circulación y residencia (art. 19 CE). Tal delimitación ha servido a la Ley, sin embargo, para efectuar una diferenciación puramente artificial entre titularidad del derecho y posibilidad de su ejercicio, que ha sido duramente criticada (42), en el caso de los derechos de reunión (art. 7), asociación (art. 8), trabajo (art.10) y de las libertades de acción colectiva: sindicación y huelga que ha servido para excluir de los mismos a los inmigrantes irregulares.

Dudosa es, por ello, en este ámbito, la interpretación efectuada por la Ley 8/2000 al negar a los inmigrantes irregulares el derecho de libertad sindical, limitando el «ejercicio» del derecho de libertad sindical sólo a los trabajadores «que se encuentren legalmente en España», dejando fuera así a los inmigrantes no regularizados, restricción constitucionalmente cuestionable y que el propio Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha ocupado de rechazar en el caso 2121, resolviendo la queja planteada por UGT contra el Gobierno de España. En la misma, se considera vulnerado el artículo 2 del Convenio 87 OIT, en virtud del cual los trabajadores, «sin ninguna distinción», tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen conveniente y afiliarse a ellas (43). En esta misma línea se sitúan otras normas internacionales como el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce el derecho de «toda persona» a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; el artículo 8.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de «toda persona» a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente; el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; o, en fin, el artículo 11.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas del Consejo de Europa, que reconoce, expresamente, que «toda persona», sin mayores adjetivaciones, «tiene derecho a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar con otras, sindicatos y afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Parece evidente que la legislación española en este terreno resulta absolutamente contraria a lo establecido por diversos Tratados y Convenios ratificados por España.

En esta misma línea, mientras que el artículo 11.2 LO 4/2000 reconoció el derecho de huelga a todos los trabajadores extranjeros, sin condicionarlo a su situación regularizada, en las mismas condiciones que los españoles y de acuerdo a las leyes que lo regulan, la LO 8/2000 ha reformado el precepto y condiciona el reconocimiento del derecho de huelga a que el extranjero se encuentre legalmente en España. También aquí la reforma choca con las tendencias que se están abriendo

(42) A. GÓMEZ MONTORO, «Titularidad de derechos fundamentales», en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 122.

(43) El texto puede verse en <http://www.extranjeria.info/publico/revista/011/11-11.pdf> (última visita: 19 de mayo de 2003).

paso en la protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y con la evolución de la interpretación de estos derechos como manifestaciones de libertad y de autonomía. Como, con acierto, se ha señalado, «la efectividad del derecho de sindicación y de huelga es una condición consustancial a la plenitud del Estado Social y Democrático. Y ello porque es impensable concebir un Estado de esta naturaleza en los albores del siglo XXI que prescindiera completamente de unos derechos como los de sindicación y huelga que forman parte de su acervo y constituyen ya un acreditado e irrenunciable patrimonio del mismo» (44).

2. **Parámetros legales. La intervención legislativa: bajo el signo de la desorientación**

A) *Inestabilidad normativa. Reformas y Contrarreformas. Marco legal*

La actuación de los poderes públicos en materia migratoria no ha sido, hasta el momento, un ejemplo de coherencia y la intervención administrativa llevada a cabo en este terreno ha tenido bastantes más sombras que luces. Una cierta desorientación ha sido, con seguridad, la idea que con más precisión ha servido para describir muchas de las actuaciones ejecutadas en este terreno. Buen ejemplo de ello han sido las reformas legales operadas en este ámbito en las que se demuestra cómo, en el escaso espacio de un año, en un nuevo ejemplo de inestabilidad normativa, puede invertirse radicalmente el sentido de marcha de la política migratoria de nuestro país.

La «reforma» global de la legislación de extranjería que había instaurado la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (vigente hasta el 1 de febrero de 2000) [en adelante, LO 7/1985], se inició de la mano de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [en adelante, LOEx] había nacido herida de muerte al ser aprobada por todos los grupos parlamentarios, a excepción del mayoritario, días antes de la convocatoria de elecciones generales. La oposición radical a la filosofía de la Ley fue una de las líneas de actuación del grupo político que habría de obtener la mayoría absoluta en dichas elecciones. La referida disposición era una ley de y para integración de los inmigrantes, que aparecía configurada como un verdadero «estatuto jurídico del inmigrante» (45), pero no de cualquiera «sino, especialmente, del extranjero inmigrante extracomunitario, con escasos o nulos recursos económicos» (46).

La Ley pretendió impulsar un proceso de transición desde la consideración de la cuestión de la «extranjería» como problema de orden público administrativo, hasta su comprensión como problema de orden público socio-económico. El nuevo contexto de la inmigración obligaba a asumir la necesidad de dotar a los extranjeros de un conjunto de libertades y derechos perfectamente definidos que sea capaz,

(44) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000», *RDS*, 2001, núm. 13, pp. 39-40.

(45) P. CHARRO BAENA, *Las autorizaciones para el trabajo de extranjeros*, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 33.

(46) J. ASENSI SABATER, «Presentación», en ASENSI SABATER, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, EDIJUS, 2000, p. 23.

al mismo tiempo, de cumplir con los criterios jurídicos derivados del respeto de los derechos fundamentales del individuo consagrados en los Tratados internacionales suscritos por España y con el principio de solidaridad que debe primar en el tratamiento de un fenómeno que, siendo tradicional, ha adoptado los contornos de un verdadero conflicto social. Consecuentemente, la estrategia normativa y política respecto de los inmigrantes, incluidos los «irregulares», pasaba por acciones de integración y no de policía administrativa.

En menos de un año, la LO 8/2000, 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 7 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, restauraba el régimen sancionador propio del modelo normativo de la LO 7/1985. Esta verdadera «contrarreforma» trata de justificarse desde su Exposición de Motivos en el hecho de que «la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma» (47). Se rectificaban, a través de este cómodo expediente, los excesos de generosidad de que había hecho gala su antecesora, convirtiéndola en una ley de represión de la inmigración ilegal, lo que se refleja no sólo en el endurecimiento de medidas sancionadoras, sino también en el notable empeoramiento del status del inmigrante en situación irregular, también en relación con sus libertades civiles y políticas. Es evidente que este viaje de ida y vuelta ha llevado consigo, junto al trascendente cambio de lógica apuntado, ciertas deficiencias técnicas, nuevas lagunas de regulación y una notable incertidumbre sobre el devenir de una norma que, si bien se encuentra adecuada al contexto internacional, resulta una norma que contradice los postulados básicos de un efectivo programa de integración intercultural.

A las «leyes de extranjería del año 2000» (48), se han unido otra serie de medidas de diferente orden que vienen a complementar y desarrollar sus contenidos. Las reformas en la organización burocrática de la extranjería y el extenso Acuerdo del Consejo de Ministros, que aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (GRECO), son las más significativas novedades que en materia de extranjería han visto la luz en los últimos tiempos. En todo caso, las insuficiencias técnicas del grupo normativo que integra lo que pudiéramos llamar el «Derecho social de la inmigración», parecen no haber acabado en la Ley, sino que su Reglamento de desarrollo, el RD 864/2001, de 20 de julio, también se ha movido en esta línea como, de forma rotunda, acredita la STS (3.ª) de 20 de marzo de 2003 (Rec. 488/2001), que ha procedido a anular 13 artículos del citado Reglamento (49).

Finalmente, la «consensuada» Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades

(47) Un balance de esta reforma puede hallarse en M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

(48) M. ALONSO OLEA, *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Madrid, Civitas, 2001.

(49) La sentencia corrige tres aspectos esenciales: las limitaciones introducidas por el reglamento en relación con la reagrupación familiar de los ciudadanos extranjeros, el derecho a la libre circulación y la abusiva regulación de las relaciones que deben regir entre la administración y los administrados extranjeros, un comentario a la misma en P. AGUELO NAVARRO, «El Tribunal Supremo anula 13 artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería», *Revista de Extranjería*, 2003, núm. 16, cuyo texto puede verse en www.extranjeria.info/inicio/index.htm (última visita: 19 de mayo de 2003).

de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, parece ser el último episodio en la triste historia legislativa de esta materia.

B) *Procesos de regularización: historia de un desatino*

a) Los primeros pasos. La utilización del sistema de cupos como instrumento «perverso» de regularización

La LOEx se mueve en relación con los ciudadanos no comunitarios en la «lógica básica» de la extranjería: entrada con visado, como elemento preventivo de control, permanencia mediante autorización, y trabajo mediante permiso (50). El cumplimiento de estos requisitos es trascendental para los inmigrantes, al depender su regularización y los derechos que de ella se derivan de contar con autorización para residir y estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo (51). Gestión escalonada de los permisos de residencia y trabajo que ha tratado de otorgar una mayor estabilidad y seguridad para el inmigrante en el sistema de concesión pero, sobre todo, en el de renovación de los permisos de trabajo. Pero, como hemos venido señalando, la patología más importante de nuestro sistema de extranjería se ha producido en relación con los inmigrantes irregulares y los procesos de regularización se han convertido en la pretendida panacea para su curación.

Las regularizaciones han sido el aspecto más visible pero, a su vez, el menos meditado de la normalización de la inmigración en nuestro país. Como acertadamente se ha señalado, tales procesos «reflejan el fracaso de la política basada en los permisos de trabajo, concedidos tras recibir el contrato de trabajo en el país de origen, y más en general, el fracaso de la política de inmigración fundada en la LO 7/1985. Los propios Gobiernos han aceptado este fracaso de la legalidad con una serie de regularizaciones, desde la que comportó la aprobación de la LO 7/1985 (1986), la más amplia de 1991, la posterior de la reagrupación de familiares, las encubiertas de contingentes anuales desde 1993 a 1999 y la que siguió a la aprobación del Reglamento de 1996» (52). Las políticas de normalización han estado guiadas, como en su conjunto la política migratoria de nuestro país, por notables dosis de incertidumbre y por la falta de un modelo claro que permitiera enfrentarse a esta nueva realidad de una forma eficaz. Ello explica las mutaciones que a lo largo de su vida han tenido instituciones como la que nos va a ocupar a lo largo de las próximas páginas. Como tendremos oportunidad de analizar, la políti-

(50) M. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, *El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, Ponencia General, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001 (www.aedtss.com/actividades/xiicongreso2001.htm) (última visita: 19 de mayo de 2003).

(51) Extensamente, M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.

(52) E. AJA (coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 32.

ca de contingentes ha venido adoptando una función, en gran medida perversa, destinada a dotar, en unos casos, de cobertura normativa a los procesos de regularización cuando los intereses políticos así lo exigían y, en otros, a cumplir una función inversa, a saber, actuar como mecanismo de incorporación selectiva de inmigrantes a nuestro mercado de trabajo que impida, precisamente, la utilización de esta vía como instrumento emboscado de regularización.

El origen del modelo que actualmente conocemos como de contingente se sitúa en la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, adoptada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991 (53) en la que se fijaron las líneas básicas de política migratoria española de ese momento (54). No obstante, el inicio de esta política encuentra su origen en 1993, año en el que, por primera vez y sin previa publicación en el *BOE*, la Resolución de 4 de abril de 1993 dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecía un cupo de autorizaciones de 20.600 trabajadores inmigrantes de nacionalidad no comunitaria, así como el procedimiento a seguir para la tramitación de las ofertas de empleo y solicitudes de trabajo. La referida medida no se destinaba, como el propio Acuerdo ponía de relieve, a incentivar la inmigración, sino que se trataba exclusivamente de una medida que perseguía la canalización de los flujos migratorios «facilitando un número máximo de autorizaciones que solamente se irán utilizando si el mercado de trabajo nacional no es capaz de satisfacer las necesidades empresariales de forma adecuada», motivo por el cual se garantizaba la preferencia de la mano de obra extranjera residente en España. Se inauguraba, de este modo, un singular proceso de regularización anual encubierta que hacía de la vía del «cupos» un sistema complementario de las regularizaciones extraordinarias que pudieran eventualmente utilizarse.

Esta función irregular se consolidó en los años siguientes, en concreto, con los contingentes de 1994 y 1995 que vieron la luz, el primero, a través de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 23 de septiembre de 1994, por la que se dictan Instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios en 1994 y el procedimiento para su cobertura (*BOE* de 24 de septiembre de 1994), por el que se determinó un cupo de autorizaciones para ese año de 17.000 trabajadores extranjeros no comunitarios; y, el segundo, por medio de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 9 de junio de 1995, por la que se aprueba el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en 1995 (*BOE* de 14 de junio 1995), por el que se fijó un contingente de autorizaciones de 25.000 extranjeros no comunitarios.

La declarada finalidad de regularización encubierta de la práctica del contingente se puso de manifiesto durante 1996, año en el que no se recurrió al referido instrumento, pues durante ese año se aprobó el nuevo Reglamento –RD 155/1996,

(53) *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, núm. 165.

(54) Para un análisis en profundidad de este proceso, *vid.*, C. APRELL LASAGABASTER, «La fórmula “contingente de autorizaciones” como condicionante para el empleo de los ciudadanos extranjeros no comunitarios», *REDA*, 1997, núm. 93, pp. 18-22. A través de este proceso, y de acuerdo con la Dirección General de Migraciones (1992), fueron presentadas 132.934 solicitudes, de las que 102.204 fueron resueltas favorablemente

de 2 de febrero, de ejecución de la LO 7/1985— que preveía un mecanismo de regularización extraordinario. Sin embargo, este Reglamento estableció por vez primera un marco normativo para su aprobación en el artículo 70 bajo el título de «Establecimiento de contingente». En realidad, se vino a recoger o positivizar la práctica de funcionamiento de los años anteriores. De esta forma, se señalaba que la competencia para su aprobación correspondía al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Asuntos Sociales. Se establecía la necesidad de efectuar una previa consulta con las organizaciones sociales y empresariales más representativas, e informe de la Comisión Interministerial de Extranjería y también se fijaba la finalidad del contingente: garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 24 de septiembre de 1996, reiteró las líneas básicas establecidas en 1991, instando al Gobierno a fijar anualmente los contingentes en número suficiente según las necesidades de los diferentes sectores implicados y la propia capacidad de las Administraciones para desarrollar medidas de integración de los inmigrantes. Como resultado, el proceso de contingentación, que había quedado paralizado tras la regularización del año 1996, se reabrió tras la Resolución de 31 de enero de 1997 por la que se estableció el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en 1997 (*BOE* de 5 de febrero de 1997) (55). El mismo establecía 30.000 autorizaciones que se destinaron, básicamente, a Madrid, Barcelona y Almería, siendo la agricultura, la construcción y el servicio doméstico los sectores con mayor oferta de trabajo. El total de solicitudes presentadas fue de 94.819, esto es, más del 300 por 100 de las ofertadas.

b) El período de los procesos «puntuales» de regularización

Con la LO 4/2000 se produce una elevación en el rango normativo del contingente (art. 37), a la vez que una «clarificación y mejora técnica de la redacción dada en la versión original», si bien la nueva efectúa un desarrollo en términos muy parecidos a la que ésta había obtenido en el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, siendo quizá la diferencia más significativa el carácter imperativo que adopta el texto legal al establecer un mandato al Gobierno («establecerá anualmente») en vez de los términos más flexibles que parecía establecer su precedente reglamentario. Imperatividad que, aunque buscó ser limitada, en la reforma posterior no consiguió materializarse. En efecto, si bien el artículo 38 del Proyecto de reforma de la LO 4/2000 pretendía configurar el sistema de cupos con carácter facultativo: «podrá establecer un contingente de mano de obra en el que se fijará el

(55) La referida política se mantuvo con la Resolución de 13 marzo 1998 por la que se fijaba el contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario en 1998 (*BOE* de 14 de marzo de 1998), fijándose un cupo de 28.000 autorizaciones. En 1999, la Resolución de 15 de enero de 1999 por la que se publicaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1998, vino a fijar el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros del régimen no comunitario para el año 1999 (*BOE* de 16 de enero de 1999).

número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España (56), el referido texto no llegó a concretarse en el texto definitivo.

No obstante, el recurso al contingente vio desvirtuada su función como consecuencia del inicio de una nueva política caracterizada por el establecimiento de procedimientos puntuales de regularización masiva (57). La primera piedra de este nuevo modelo la colocó la Disposición Transitoria primera de la LO 4/2000, de acuerdo con la cual se establecía un proceso de regularización que se dirigía a normalizar la situación de todos aquellos extranjeros que se encontraran en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acreditaran haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo, o ambos al mismo tiempo, o que lo hubieran tenido en los últimos tres años. Dicho modelo se desarrolló por el RD 239/2000, de 18 de febrero. El inicio del citado proceso se fijó para el 21 de marzo de 2000, finalizando cuatro meses después, en concreto el 31 de julio de ese mismo año. Durante ese período, se presentaron 240.000 solicitudes, instrumento que, en todo caso, resultó insuficiente para terminar con la bolsa de indocumentados.

Como ya había instaurado la LO 4/2000, la LO 8/2000 mantuvo el sistema de contingentes (art. 39), reservado para los extranjeros «que no se hallen ni sean residentes en España», con lo que se reforzaba la idea de evitar que el sistema de contingentes fuera utilizado como vía de *regularización extraordinaria* de extranjeros que se encuentren irregularmente en España, cuya fijación será anual –siempre que exista necesidad de mano de obra– con indicación de sectores y actividades profesionales, pudiendo elevar propuestas en este sentido las Comunidades Autónomas. Pero esta idea quedó inmediatamente contradicha por un nuevo supuesto de regularización en masa, la que derivaba de la Disposición Transitoria cuarta de la LO 8/2000 en la que, una vez más, las autoridades públicas mostraron cierta inconsecuencia y una notable dosis de provisionalidad a la hora de dar soluciones a un problema que, como la inmigración, posee neto carácter estructural.

El referido proceso se materializó por el RD 142/2001, de 16 de febrero, por el que se regula un procedimiento de *reexamen* de las solicitudes de regularización denegadas al amparo del RD 239/2000, de 18 de febrero. La referida disposición exigía haber presentado solicitud de regularización en aplicación del procedimiento anterior antes reseñado; haber sido denegada tal solicitud por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de no encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999; encontrarse en España a la entrada en vigor del RD 142/2001 (es decir, antes del 16 de febrero de 2001); acreditar el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el RD 239/2000; y, en fin, que no existiera contra el interesado una resolución de expulsión vigente ni el mismo se encontrase incurso en causa de expulsión o prohibición de entrada en España.

(56) *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 12-1, de 11 de septiembre.

(57) Para un análisis crítico de los mismos, *vid.*, M. L. TRINIDAD GARCÍA, «Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2002, núm. 1, pp. 99-112.

La insuficiencia de los anteriores procesos, su coyunturalidad y la ausencia de una política general en esta materia llevaron consigo distintos encierros y huelgas de hambre de inmigrantes (Barcelona, Valencia, Murcia, Almería) que, recelosos de que su caso obtuviera una solución favorable, y vistos los antecedentes, recurren a esa medida de presión. La actitud del Gobierno es la de abrir un proceso de regularización «fantasma» en el que, después de rechazar todas las Proposiciones no de Ley presentadas por distintos grupos parlamentarios reclamando una regularización urgente, se recurre a la vía del «arraigo» del artículo 31.4 LOEx. En aplicación de dicho precepto, y hasta tanto no entrara en vigor el Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica, se estableció que se procedería a la resolución favorable de aquellas peticiones de permiso de residencia de los extranjeros que se hallasen en España y que cumplieran, entre otros, el requisito de acreditar encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001. Por Resolución 23 de abril de 2002, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones acordó conceder validez de Permiso de Trabajo para todo el territorio nacional y para todos los sectores de actividad a todas las autorizaciones para trabajar que se hayan concedido o se concedan en el marco del mencionado procedimiento de acreditación de arraigo, en tanto se mantengan en vigor las citadas autorizaciones.

A las anteriores se unen otras frustradas y frustrantes experiencias, como la singular regularización «*con viaje de ida y vuelta*», ejemplo del despropósito y símbolo de la confusión gubernamental en esta materia, en la que el Delegado para la Inmigración, tras tomar la decisión de pagar el viaje a 25.000 ecuatorianos en situación irregular para que obtuvieran el visado en su país de origen, se vio obligado a interrumpir tan singular proceso cuando habían viajado 5.000 por los enormes costes de los billetes de avión. En resumen, procesos caracterizados por la improvisación y la falta de seguridad jurídica.

- c) Punto y seguido en la desorientada política en materia de inmigración. La atribulada vida del contingente para el año 2002 y la razonablemente sabia rectificación del aprobado para el 2003

La gran novedad de la regulación del contingente para 2002 fue la unificación del régimen de acceso al permiso de trabajo, régimen que sólo será el del contingente, a salvo de los supuestos en los que no habrá de tenerse en cuenta la situación nacional del empleo (arts. 71, 76, 77 y 79 REx). Tal decisión suponía el cierre del Régimen General de contratación de extranjeros y la supresión de los procesos de regularización extraordinarios, de manera que «los inmigrantes que están aquí» en situación irregular, salvo escasas excepciones, se veían imposibilitados para acceder, por cualquier vía, al estatus de regularidad. Los argumentos que justificarían, desde la perspectiva del Gobierno, la legalidad de esta medida serían que la LO 8/2000 ha suprimido el antiguo artículo 38 de la LO 4/2000 que, al establecer las excepciones al contingente, señalaba que «las ofertas de empleo que puedan realizar los empresarios a trabajadores extranjeros son independientes del contingente global que se establezca». Por tanto, una interpretación plausible sería la de entender que la aprobación del contingente comporta que los sectores contingentados únicamente pueden tramitarse a través de esta vía excluyendo la posibilidad de contratación directa por los empresarios a través de ofertas nomi-

nativas» (58). El resultado de tan aguda política no es otro que el hecho incontestado de que la «bolsa» de trabajadores y trabajadoras inmigrantes en situación irregular sigue engordando, ahora ya sin salida alguna dentro de la legalidad.

Lo cierto es que la unificación en un sólo régimen de la posibilidad de acceder a un permiso de trabajo no se compadece con la regulación contenida en la Ley y el Reglamento de Extranjería. Es cierto que la Ley no hace referencia a las ofertas nominativas, al igual que resulta cierto que, en todo caso, y a salvo de los supuestos concretos excepcionados, en los dos sistemas habrá de tenerse en cuenta la situación nacional del empleo; sin embargo, la LOEx regula el permiso de trabajo en el artículo 38 y el contingente en el artículo 39 y, lo que es más importante, el artículo 70 establece una fórmula de acreditación de la situación nacional del empleo mediante la técnica de la certificación de los servicios de empleo, que carecería de todo sentido si la situación nacional del empleo hubiera resultado previamente evaluada con carácter general, como ocurre en el supuesto del contingente.

Varias han sido las resoluciones judiciales que han abordado la cuestión relativa a la denegación del permiso de trabajo cuando el mismo había sido solicitado de acuerdo con lo establecido para el denominado régimen general, debiendo realizar dos matizaciones: de un lado, lo llamativo que resulta que un mismo asunto sea conocido por órganos judiciales colegiados o unipersonales dependiendo del territorio, lo que revela la necesidad de clarificar la atribución competencial en materia de extranjería; y, de otro, que, pese a que los razonamientos de estas resoluciones son diferentes, subyace en todas ellas una consideración única, en cuanto se desprende la ilegalidad de las previsiones que en materia de procedimientos se contienen en el acuerdo de aprobación del contingente (59).

No ha sido el contingente para el 2002, por lo anteriormente expuesto, un ejemplo ni de eficacia ni de vertebración de una política realista en materia de inmigración. Quizá por ello, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procesos de contratación y se fija el número y las características de las formas de empleo que se ofrecen, para el año 2003, a extranjeros no residentes legales en España parece haber entonado, si bien en tono menor, un cierto *mea culpa*, influido, en no poca medida, por los descomunales errores en los que había incurrido el régimen del contingente para el 2002.

En línea autocrítica, y tratando de dar respuesta a la larga lista de reproches que a la experiencia anterior se habían realizado, el Acuerdo para el 2003 constata que «la experiencia ha demostrado que la gestión puede ser simplificada, dotando a este procedimiento de mecanismos de flexibilidad que lo perfeccionen, con la finalidad de satisfacer las necesidades reales de las empresas con mayores garantías de celeridad y eficacia sin merma de protección para los trabajadores contratados». La anterior filosofía se plasma, en la letra del nuevo programa, de un lado, en

(58) V. AGUADO I CUDOLA, «El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios», *RJC*, 2002, núm. 4, p. 75-76.

(59) Un análisis de conjunto de los referidos pronunciamientos puede verse en J. R. MERCADER UGUINA, C. TOLOSA TRIBIÑO, «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia (Consideraciones sobre el contingente para el 2003)», *RL*, 2003, núm. 12, pp. 87 a 111.

el establecimiento de un método más funcional que diferencia, tanto para empleos de carácter estable como temporal, entre ofertas genéricas y nominativas, estableciendo unos procedimientos diferentes para unos y otros supuestos; de otro, se atiende de forma especial al empleo doméstico, contemplando mecanismos separados para este tipo de relación laboral especial, admitiendo en algunos supuestos ofertas nominativas de alcance limitado. Finalmente, y dados los despropósitos que en relación con su vigencia planteó el contingente para el 2002, en el presente su duración se extiende hasta el 31 de diciembre de 2003.

VI. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES (60)

1. La protección social de la inmigración regular

A) *Bajo el signo de la equiparación*

Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos del Hombre (61), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (62) o la Carta Social Europea (63), han reconocido el derecho a la Seguridad Social como derecho de toda persona, en tanto que valor vinculado a la dignidad de la persona. Las anteriores declaraciones, así como las contenidas en los Convenios de la OIT y otras normas internacionales, constituyen el acervo hermenéutico básico (64) sobre el que se asienta la concepción constitucional de la Seguridad Social.

La defensa de la dignidad desde una orientación claramente universalista y generalizadora es la atmósfera que respira el marco tutelar que constitucionalmente se diseña en esta materia. El texto constitucional ha buscado a través de sus preceptos dar plena satisfacción al conjunto de expectativas sociales que reclaman los ciudadanos. La tutela de la protección social, en tanto que, «actividad prestacional

(60) Para un más extenso estudio de esta materia, nos remitimos a J. R. MERCADER UGUINA, *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Ponencia del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001, pudiéndose hallar el citado texto en (www.aedtss.com/actividades/xiicongreso2001.htm) (última visita: 19 de mayo de 2003).

(61) El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, establece que «toda persona, en cuanto miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social».

(62) El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que «los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

(63) La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 atribuye a «todos los trabajadores y a las personas a su cargo» el derecho a la Seguridad Social (art. 12), y a toda persona que carezca de recursos suficientes, «el derecho a la asistencia social y médica» (art. 13).

(64) Por gozar de una «notable virtualidad hermenéutica», como señalara la STC 263/1994, de 3 de octubre, FJ 3. En la misma línea, la STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5, afirma el claro valor interpretativo de los Tratados Internacionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Ampliamente, sobre estas cuestiones, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, CGPJ, 1999.

de los entes públicos y privados a favor de personas afectadas por ciertas contingencias o ciertas situaciones de necesidad» (65), se encuentra precisamente definida en forma de «garantías institucionales» (art. 41 CE), «derechos» (art. 43 CE), o propiamente «principios rectores» (art. 50 CE). Ciertamente, a través de la Seguridad Social se está poniendo en práctica un «principio de nivelación social», principio que es «manifestación clara del de igualdad en tanto que tiene por objetivo compensar las limitaciones reales en que los individuos se encuentran» (66).

En un contexto de nuevas relaciones internacionales y flujos migratorios negativos, la intervención de la legislación española no tardó en producirse. La redacción dada al artículo 7.1 LGSS por las Leyes 13/1996 y 66/1997, ambas de acompañamiento de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, introduce importantes cambios en el campo de aplicación de las prestaciones contributivas, que se materializan en un reforzamiento de la universalización del sistema y en la eliminación de las ventajas comparativas de que, antes, disfrutaban los colectivos de países con especiales vínculos con España.

El sistema de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, abandona «la exigencia de nacionalidad combinada con el viejo y complejo esquema convencional y de reciprocidad al que era necesario acudir en materia de extranjeros, dando un tratamiento más actualizado y genérico desde la legalidad formal» (67). El resultado es la desaparición del criterio de la nacionalidad como criterio delimitador del campo de aplicación de la Seguridad Social y su sustitución por el de residencia, que pasa, junto con el de profesionalidad, a convertirse en instrumento básico a la hora de precisar la inclusión o no dentro del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.

Pero la conformación normativa de esta materia ofrece ciertos puntos negros que se aprecian en la propia arquitectura legal. A la estructura legal bicéfala –al dedicar dos artículos distintos a esta materia: de un lado, el 10.1, reformado por la Ley 8/2000, y, de otro, el artículo 14.1, que consagra el derecho «de los extranjeros residentes» «a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles»–, se une la complejidad prestacional (*welfare mix*). Básicamente, porque tal temática es muy extensa, subjetiva y objetivamente, su regulación está diseminada en el ordenamiento jurídico y, además, cuenta con una abundante y, con frecuencia, enmarañada regulación, principalmente del Estado pero también de las Comunidades Autónomas, en la que abundan las disposiciones «subterráneas». El panorama se completa con una doctrina judicial marcada por la flexibilidad y la sensibilidad hacia la tutela del trabajador extranjero; un cierto desequilibrio jurisprudencial que se mueve a caballo entre el «emotivismo» y el «economicismo».

(65) En la definición de M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Hacia el derecho de la protección social», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (coord.), *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 32.

(66) J. APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, Civitas, 1989, p. 130.

(67) M. ALONSO OLEA, J. L. TORTUERO, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 380-381.

En suma, «todos los extranjeros extracomunitarios gozan de la plena equiparación de derechos en materia de Seguridad Social, siempre que tengan su situación regularizada por haber obtenido los permisos de trabajo y de residencia, y ello al margen de que sean o no de países con los que España ha tenido vínculos históricos, de que haya o no acuerdos o convenios internacionales con sus Estados de origen y de la existencia o no de reciprocidad» (68). La exigencia de permiso de trabajo para proceder a la afiliación de los trabajadores inmigrantes en nuestro sistema de Seguridad Social se deduce con claridad del artículo 42 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero. La doctrina de suplicación viene confirmando la referida exigencia y considera que «la regularización administrativa de la situación del trabajador, es requisito previo e indispensable para la formalización de la relación jurídica de Seguridad Social, sin la cual la Tesorería General de la Seguridad Social no puede proceder al alta en el sistema de Seguridad Social del trabajador, ni a instancia de éste ni de oficio, al quedar los trabajadores extranjeros sujetos a la legislación específica sobre la materia», tómesese como ejemplo la STSJ Madrid de 6 de mayo de 2000 (AS 2000/3192).

Con cifras de junio de 2002, de los 462.983 nuevos afiliados en los últimos 12 meses, un 47,8 por ciento eran extranjeros y, de ellos, un 43,58 por ciento eran extranjeros no comunitarios. Los trabajadores extranjeros que actualmente se encuentran afiliados al sistema de Seguridad Social son un total de 792.000, y suponen un 4,86 por ciento del total de afiliados. De ellos, 608.000 proceden de fuera de la Unión Europea, por lo que los inmigrantes extracomunitarios suponen ya un 3,73 por ciento del total. Esta situación ha permitido una mejora de la relación activos-pasivos en los últimos años dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

B) *¿Piedad peligrosa o tutela solidaria?: el papel de lo no contributivo en la protección social de los inmigrantes*

El principio caracterizador básico que define el contenido y alcance de las prestaciones no contributivas es su ámbito subjetivo de carácter universal. A esta nueva rama de la acción social no le son de aplicación las restricciones derivadas de los criterios profesionales que en los sistemas contributivos han condicionado la protección al desarrollo de una actividad laboral por cuenta propia o ajena (69). Este tipo de prestaciones responde a un sistema complementario de protección que busca cubrir con carácter universalista la situación de necesidad y cuasi indigencia en que puede encontrarse aquel sector de la población que no cumple los requisitos que legalmente se establecen para acceder al sistema contributivo. Sus destinatarios son, de este modo, los ciudadanos inasegurables (pobres y marginados que viven fuera de la frontera misma de la economía de mercado), los no asegurados

(68) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la Ley Orgánica 4/2000 y en su ley reformadora», *Social. Mes a Mes*, 2001, núm. 61, p. 31.

(69) Como señala A. DESDENTADO BONETE, «Las prestaciones no contributivas en el marco constitucional», en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, Madrid, MTSS, 1991, p. 272.

(todos los trabajadores por cuenta propia y ajena dependientes de la economía irregular) y los infraasegurados (los contingentes en aumento de asegurados intermitentes y de asegurados parciales) (70). Estas tres categorías se nutren, fundamentalmente, de trabajadores extranjeros, hasta el punto de que, como con acierto se ha señalado, estas prestaciones, junto con las asistenciales puras, «acaban por ser el “medio de vida” estable, su modo de subsistencia regular», de un importante número de extranjeros (71). Quizá por ello, este modo prestacional ha buscado en la exigencia de territorialidad un sistema inmunológico que le proteja de «posibles inmigraciones de población marginal a la búsqueda de prestaciones de esta naturaleza mediante la acentuación del requisito de la residencia en el país» (72).

Pero, junto al rasgo anterior, su seña de identidad más significada se sitúa en su singularidad financiera, al prescindir del recurso clásico en los sistemas contributivos a las cotizaciones de los interesados o de sus empleadores. Es en este punto donde más claramente se ponen de manifiesto las tensiones entre equilibrio financiero y universalidad. La «piedad peligrosa» o el peligro que puede suponer una carga imprevista de prestaciones no contributivas en una realidad latente. A tal efecto, es importante siempre tener presente que la realización de un derecho fundamental de prestación siempre es costosa, pues es necesario decidir de qué medios financieros se puede disponer para tal realización en el marco de la política presupuestaria estatal y de sus particulares prioridades (73). En todo caso, debe tenerse en cuenta que el TC ha venido reiterando la amplia libertad de determinación y configuración que el legislador posee en materia de Seguridad Social. En esta línea, la STC 126/1994, de 25 de abril, partiendo de que los «derechos de Seguridad Social» son «derechos sociales de prestación» que implican «una carga financiera considerable», señala que tales derechos «son de contenido legal y requieren ineludiblemente de la intermediación legislativa».

La finalidad y configuración de estas prestaciones las convierte en una «renta social de compensación» (74) al asociarse a la función de compensación de los sistemas de Seguridad Social, a través de la cual se trata de garantizar unos ingresos mínimos con carácter general y con independencia de las rentas profesionales que pudiera haber disfrutado anteriormente el beneficiario. Son prestaciones uniformes y ello aunque en ocasiones se utilicen técnicas de complemento de renta mediante asignaciones variables, pues entonces la uniformidad se refiere al ingreso garantizado que la prestación completa. Razones financieras y de política migratoria impiden acceder a las pensiones no contributivas a quienes carecen de vinculación

(70) Como resume B. GONZALO GONZÁLEZ, «La superación de los límites subjetivos de la Seguridad Social: las garantías de los no asegurables», *ICE*, 1986, núm. 630-631.

(71) B. GONZALO GONZÁLEZ, *Apunte sobre los derechos de Seguridad...*, cit., p. 103.

(72) M. R. ALARCÓN CARACUEL, S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, 4.ª ed., p. 74.

(73) R. ALEXI, *Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 428. En definitiva, con la expresión derecho a prestaciones fácticas «se vincula la concepción de un derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas», como señala E. W. BOKKENFORDE, «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución, en *Escritos sobre Derechos fundamentales*», Badem-Badem, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 76.

(74) S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Prestaciones no contributivas de Seguridad Social», AA.VV., *X Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Trotta, 1992, p. 207.

con el Estado que las abona y sufraga. En todo caso, la participación impositiva de los inmigrantes en el sostenimiento y crecimiento de la riqueza nacional les hace legítimos beneficiarios de este tipo de prestaciones.

C) *La confusa definición en la Ley de Extranjería del concepto «asistencia social»*

Los servicios sociales públicos desempeñan una función decisiva en la garantía de un mínimo nivel de protección social de la población. Son tres las funciones que realizan para la cobertura de estos mínimos: la prevención de situaciones carenciales o conflictivas; la rehabilitación o promoción de personas o grupos en desventaja frente al resto de la sociedad; y los cuidados de alivio o mantenimiento. La garantía del cumplimiento de estos derechos sociales la asumen las Administraciones Públicas, configurando así un sistema público donde converge la acción de la Administración Central, la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. La Acción Social se convierte en un servicio público en sentido lato, lo que comporta la implantación de un sistema prestacional y la intervención de la Administración en aquellos ámbitos afectados por dicho servicio. La misma se articula fundamentalmente en la actualidad a través de un sistema de servicios sociales y se configura en torno a un objeto autónomo, por lo que se complementa con el resto de sistemas de protección social (75).

La Constitución contempla dos formas institucionales de dispensación de prestaciones sociales: la Seguridad Social y la Acción Social o Servicios Sociales. El debate se centra en la colisión entre ambos títulos materiales y competenciales en razón de su respectiva delimitación. La Constitución propicia un nuevo concepto integrador, cual es el Sistema de Protección Social Pública, en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social Pública (reducida a prestaciones de carácter económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con la Asistencia Social Pública (con prestaciones económicas, preferentemente de carácter no contributivo) y con los servicios sociales técnicos (nacionales y territoriales). En el anterior contexto, la Asistencia Social debe considerarse un tipo de protección social de tercer grado, de carácter subsidiario, destinada a cubrir los huecos de protección que escapan a la doble malla del brazo contributivo y no contributivo de la Seguridad Social, o bien de carácter complementario, es decir, destinada a mejorar las a veces raquíticas prestaciones de la Seguridad Social.

El artículo 14.2 LOEx reconoce el derecho de los extranjeros residentes a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. Tan indeterminada dicción remite, indudablemente, no a un único y exclusivo tipo de prestaciones, sino al precipitado de mecanismos protectores, un verdadero «*welfare mix*», en el que se sumarían a los propios de la Seguridad Social todos aquellos servicios y prestaciones sociales ajenos a ella y, en particular, los reconocidos y dispensados por Comunidades Autónomas y por las Administraciones Locales.

(75) A. GARCÉS SANAGUSTÍN, *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p. 123.

2. Amparo de pobres o la protección social del inmigrante irregular

A) *La asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares. La calculada solidaridad legal*

Con anterioridad a la aprobación de la vigente LOEx, la situación de los inmigrantes irregulares en materia de asistencia sanitaria venía definida por la ausencia de todo reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, a excepción de la que prestaban los servicios de urgencias. La ausencia de toda referencia a esta materia en el texto de la LOEx/85, generó importantes problemas que se planteaban, fundamentalmente, en el acceso a la asistencia ambulatoria, el posterior seguimiento de los casos, el acceso a la medicina especializada, los tratamientos prolongados y la necesidad de analítica y radiografías. La suerte de los indocumentados se ligaba a la sensibilidad o no de dichas personas e instituciones, ya que la carencia estructural de medios económicos que caracteriza a este colectivo, sin autorización para trabajar legalmente y ser en consecuencia remunerado dignamente, hace impensable un posible recurso a entidades sanitarias privadas (76). Los inmigrantes irregulares quedaban, de este modo, fuera del Sistema Nacional de Salud y dependían, en niveles que difícilmente superaban el de la asistencia primaria, de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma en la que se encontrasen o de los de los Ayuntamientos de las grandes ciudades, así como de la cobertura que prestan diferentes organizaciones no gubernamentales o asociaciones implicadas en el tema (77).

Conciencia social y coste económico pesaron a partes iguales en las autoridades administrativas a la hora de enfrentarse a esta dolorosa cuestión, tal y como puso de manifiesto la petición de un estudio por parte del Imsero a la empresa PriceWaterhouseCoopers, sobre *el coste adicional de la extensión de la cobertura de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros* (78). Acreditada la

(76) S. RAMAZANI, «La extranjería y el respeto de los derechos humanos», en M. CONTRERAS, L. POMED, R. SALANOVA (coord.), *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1998, p. 197.

(77) J. R. BRONET SINOVAS, M. J. PRETEL PRETEL, «La situación sanitaria de la población inmigrante», en *Defensor del Pueblo, Informes, estudios y documentos. Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Madrid, Publicaciones del Defensor del Pueblo, 1994, p. 139.

(78) Para la estimación del número de irregulares en España, y ya que no existe un censo oficial de este colectivo, el referido estudio procedió a identificar cuatro grupos, de acuerdo a las entrevistas mantenidas con el Ministerio del Interior y ONGs y asociaciones de inmigrantes sobre los que evaluó el coste económico de la extensión de la referida prestación. Dichos colectivos son los siguientes: extranjeros irregulares por contingente de trabajo; extranjeros irregulares por expulsiones no materializadas; extranjeros irregulares por permiso de residencia no lucrativa; y, en fin, extranjeros irregulares en la economía sumergida. De la suma de irregulares de los cuatro colectivos y de sus familiares, descontando los menores de edad, se obtiene el número de extranjeros irregulares desagregado por colectivos, cuyo total nos da el estimado de 74.811. El coste estimado de asistencia sanitaria sin urgencias para extranjeros regulares sin derecho a asistencia sanitaria a nivel nacional en 1998, ascendía a 722 millones de pesetas. Una parte fundamental del gasto capitativo lo constituyen las urgencias, a las cuales, y según lo recogido por la legislación vigente, tienen derecho los residentes extranjeros tanto en situación regular como irregular. Según un estudio realizado por Coopers & Lybrand, en 1997, las urgencias representan un 14,08 por 100 del gasto total. El coste de asistencia sanitaria estimado de la cobertura de asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular es mayor que en el caso de los regulares sin cobertura, debido a que el número estimado de irregulares es significativamente mayor. El coste estimado de asistencia sanitaria sin urgencias para extranjeros irregulares a nivel nacional

insignificancia económica de tal opción, la LOEx otorgó el derecho a asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros que, sin ninguna otra condición, se encontrasen «inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente» (art. 12.1 LOEx). La exigencia de inscripción en el Padrón municipal se convierte así, por decisión de la Ley, en un instrumento de atribución de un derecho de la significación del de asistencia sanitaria: la «llave de la diferencia». Tal posibilidad ha sido vista como un requisito mínimo de control con el que se pretende evitar el uso abusivo de los servicios sanitarios españoles en sustitución de los correspondientes a los países de origen. No debe olvidarse que, pese a que nuestro sistema sanitario muestra numerosas imperfecciones y notables deficiencias, presenta un grado de calidad que resulta notablemente superior al de muchos de los países de procedencia de los inmigrantes que ilegalmente acceden a nuestro país.

En todo caso, y pese a que doctrinalmente se ha venido apuntando la posible inefectividad de la norma sobre la muy justificada base de que «el temor a la expulsión en los supuestos en los que las Autoridades conozcan el paradero de un extranjero en situación irregular producirá, de seguro, la no solicitud de empadronamiento en el municipio de residencia» (79), lo cierto es que la actitud comprensiva y tolerante de las autoridades españolas y el expreso compromiso de algunas Comunidades Autónomas en el reconocimiento y tutela de estas situaciones ha llevado a un razonable uso de esta medida.

Como ha quedado dicho, la definición legal de extranjero en situación irregular o no documentado queda limitada a unas concretas y determinadas situaciones de las que se excluyen aquellos extranjeros que carezcan de permiso de residencia y no figuren empadronados. No obstante, los mismos pueden tener derecho a la asistencia sanitaria si se encuentran en alguno de los siguientes grupos:

Un primer grupo de sujetos tutelados en materia de asistencia sanitaria es el de los «extranjeros que se encuentren en España que tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica» (art. 12.2 LOEx). La referida disposición es del todo coherente con las normas internacionales en esta materia y, en concreto, con lo dispuesto en el artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, a tenor del cual «los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los naciona-

en 1998 asciende a 6.805 millones de pesetas. El coste estimado de asistencia sanitaria sin urgencias para extranjeros sin derecho a la asistencia sanitaria en 1998 (regulares + irregulares) es de 7.527 millones de pesetas. Este documento puede hallarse en <http://www.imsersomigracion.upco.es/informes/resumenejecutivo.htm> (última visita: 19 de mayo de 2003).

(79) J. C. ÁLVAREZ CORTÉS, «Los beneficiarios del derecho de asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *RL*, 2001, núm. 4, p. 33; C. ESPLUEGUES MOTA, M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 148.

les del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo» (80).

La práctica en esta materia demostraba cómo el acceso a los sistemas públicos de asistencia sanitaria se hacía por los inmigrantes irregulares en condición de pacientes privados que tenían la obligación de pagar el coste efectivo del servicio médico recibido a tenor de lo establecido en el artículo 16.3 LGS. Tal exigencia de pago devenía en unos casos infructuosa, bien por la posible insolvencia del migrante, bien por la dificultad de localizar al paciente una vez que ha sido dado de alta; o, en otros, obligaba a este colectivo, como con indudable grafismo pone de manifiesto la Ley Foral Navarra 2/2000, de 25 de mayo, «a recorrer un desagradable camino a través de trabajadores sociales y organizaciones no gubernamentales para justificar, con informes socioeconómicos, la escasez de medios para hacer frente al pago de las facturas médicas».

Un segundo grupo cubierto es el de los migrantes menores de dieciocho años en situación irregular (art. 12.3 LOEx). La prensa y los medios de comunicación se vienen haciendo eco de la precaria situación sanitaria de los menores extranjeros no documentados y la propia Fiscalía de Menores de Madrid y el Insalud han entrado en un debate público por presuntos casos de desatención sanitaria de algunos menores inmigrantes. Hasta la aprobación de la LOEx, la situación mostraba extraordinarias carencias, hasta el punto de que los menores recibían el mismo trato que los mayores de edad que se encontraban irregularmente en nuestro país. Los mismos sólo eran atendidos de urgencia, salvo acuerdos concretos en determinadas Comunidades Autónomas (81). La LOEx legaliza esta práctica hasta ese momento aislada. De este modo, los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública en las mismas condiciones que los españoles.

Finalmente, se atribuye este derecho de asistencia sanitaria sin ningún tipo de condición en relación con su estancia en nuestro país, a las extranjeras embarazadas que se encuentren en España, las cuales tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4 LOEx). Este precepto tiene su origen en la presunción *iuris et de iure* de reciprocidad para la asistencia sanitaria por maternidad, recogida en el artículo 14 RD 2766/1967, de 16 de noviembre, y a tenor de la cual tienen derecho a la asistencia sanitaria «las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de Empresas comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social». En líneas generales, esta regulación recoge los aspectos esenciales de la normativa de carácter internacional, básicamente emanada de la OIT.

(80) Ampliamente, G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España», en M. MOYA ESCUDERO (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 131 a 154.

(81) Una valoración de conjunto de la situación previa a la Ley y de la tramitación parlamentaria en esta materia puede hallarse en el estudio de S. ADROHER BIOSCA, «La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, núm. 15, pp. 42-44. Ejemplo de esta línea de actuación es la Resolución de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana de 8 de febrero de 1999 (*DO Generalitat Valenciana* de 12 de febrero de 1999), por la que se desarrolla el derecho de los menores extranjeros residentes ilegalmente en la Comunidad para obtener asistencia sanitaria, «no derivándose ningún otro tipo de efectos administrativos ni de cualquier índole legal» (art. 1).

B) *Asistencia social e inmigración irregular*

Doctrinalmente se ha venido señalando que el artículo 14.2 LOEx se caracteriza por una manifiesta e incomprensible falta de precisión, lo que provoca indudables desajustes con la LGSS y con otras normas. En concreto, el problema de fondo es que aquel precepto alude a una dualidad nada fácil de descifrar: esto es, a los servicios y prestaciones generales y básicos y a los específicos. Dicho encriptamiento normativo resulta, a juicio de la doctrina, tanto más relevante si se toma en consideración que la legislación sustantiva reguladora de estas materias no diferencia con claridad entre ambos niveles (82).

En íntima conexión, el artículo 14.3 LOEx reconoce el derecho de los extranjeros «cualquiera que sea su situación administrativa», a los servicios y prestaciones sociales básicas, sin que haga mención alguna a la equiparación con los españoles. El problema a determinar se encuentra en la interrogante de qué ha de entenderse por básicos. Los servicios sociales de atención primaria o básicos, concepto que puede entenderse mejor oponiéndolo a su contrario, el de servicios sociales especializados, responden a las siguientes necesidades básicas de la persona: necesidad de información para promover la igualdad de oportunidades y evitar procesos de marginación; necesidad de accesibilidad; necesidad de convivencia en un momento en que ésta se ve sometida a factores de riesgo; necesidad de cooperación, especialmente en una sociedad que ha perdido sistemas genuinos de protección como son la solidaridad vecinal o la amistad; o necesidad de participación; necesidad de reinserción de los llamados grupos de riesgo; necesidad de protección en una sociedad que cada día nos despierta con nuevas agresiones psíquicas y físicas hacia sus miembros más débiles (83).

3. **Seísmo demográfico, crisis del Estado del Bienestar y función balsámica de la inmigración**

La valoración de los efectos de la emigración sobre la economía del país de acogida puede ser analizada tanto desde el punto de vista de su impacto sobre la productividad de aquél como, en lo que ahora nos importa, en cuanto al balance

(82) Falta de claridad que se pone de manifiesto por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, *El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, Ponencia General, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001, pp. 71-73. (www.aedtss.com/actividades/xiicongreso2001.htm) (última visita: 19 de mayo de 2003). Así, para M. RAMOS QUINTANA, «Trabajadores extranjeros e integración social», *TL*, 2000, núm. 54, p. 32, la imprecisión puede ser deliberada. Para R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La protección social de los inmigrantes extracomunitarios...*, *cit.*, p. 34, quien señala que, al no diferenciar la Ley con claridad ambos niveles, la solución propuesta «causa perplejidad y deja un espacio demasiado amplio a los órganos encargados de aplicar la norma».

(83) Para M. LÓPEZ CABANAS y A. GALLEGO GALLEGO, «Los servicios sociales generales: eje coordinador de programas integrados de bienestar social», en *II Jornadas de Psicología de la intervención social*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, I, pp. 20-26, consideran que las cuatro necesidades sociales básicas que deben ser objeto de atención son: la necesidad de acceder a los recursos sociales para facilitar la igualdad de oportunidades; la necesidad de convivencia para la realización personal; la necesidad de integración social para la superación de la marginación; y la necesidad de solidaridad social para prevenir las desigualdades y discriminaciones sociales.

que arrojan sus ingresos y sus gastos y, por tanto, en cuanto a su impacto sobre el erario público y su influencia sobre el sistema de Seguridad Social en su conjunto y sobre el de pensiones en particular.

Desde ambos puntos de vista, el análisis hasta ahora efectuado ha dado lugar a polémicas entre los partidarios de una tesis neoliberal, que postulan los efectos positivos que sobre la economía provoca la supresión de barreras y aquellos que consideran que su impacto sobre la economía nacional del país de acogida son negativos basándose en que los inmigrantes, siendo típicamente perceptores de salarios bajos, son los beneficiarios netos del *welfare state* (84). Desde este último punto de vista, podría concluirse que las restricciones a la inmigración son simplemente una consecuencia del Estado del Bienestar ya que, mientras estuvo claro que los inmigrantes pobres tenían que mantenerse a sí mismos, habrían sido bienvenidos; una vez que adquirieron el derecho a mantenerse en parte a costa del erario público, habrían dejado de serlo (85). Por otra parte, siendo diferentes los contextos de mercado de trabajo y sistema de Seguridad Social en Estados Unidos y la Unión Europea, las conclusiones alcanzadas por los estudios realizados acerca de uno y otro entorno son distintas, aunque hay aspectos comunes que es preciso considerar (86).

Según Eurostat, la oficina estadística de la UE, a lo largo de 1999 el crecimiento natural de la población en los quince países de la UE fue de 266.000 personas, el más bajo desde la Segunda Guerra Mundial, mientras que entraron 717.000 inmigrantes. La fecundidad media en la UE es de 1,44 hijos por mujer, pero se precificaría que fuera de 2,1 para garantizar el reemplazo y mantenimiento de la población. No obstante, la fecundidad en España ha remontado en los últimos años hasta situarse en 1,24 hijos por mujer, el valor más alto alcanzado desde 1993, cuando se situó en 1,27. Lejos queda, de todas formas, el máximo de 2,80 a que se llegó en 1976. Así lo destaca el avance de datos del Movimiento Natural de la Población en 2001, recogido en el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística (INE). Este aumento se debe a la población inmigrante, ya que el número de nacimientos de madre extranjera se ha triplicado en los últimos seis años: de 11.832

(84) Entre otros, R. J. LALONDE, R. H. TOPEL, «Economic impact of international migration and the economic performance of migrants», en M. R. ROSENZWEIG, M. R. STARK, *Handbook of Population and Family Economics*, Amsterdam, North-Holland, 1997, pp. 799-850; G. BORJAS, S. TREJOS, «Immigrant participation in the welfare system», *Industrial and Labor Relations Review*, 1991, núm. 44, pp. 195-211; G. BORJAS, «Immigration and Welfare 1970-1990», *NBER Working Paper* núm. 4872, Cambridge, Massachusetts, National Bureau of Economic Research, 1994. De hecho, y aunque es discutible si las posibilidades que ofrece el Estado de bienestar priman sobre la oportunidad de desarrollo económico como factores que invitan al emigrante a tomar la decisión de emigrar, es claro que el peso del primero es evidente. Ver, a este respecto, H. GENSLER, «The effect of welfare on migration», *Social Science Research*, 1996, núm. 25, pp. 281-291.

(85) E. VIAÑA REMIS, «La inmigración en Europa», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO, L. GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1999, p. 871.

(86) J. REQUEJO, *Estructura económica mundial*, cit. 1999, p. 239, que cita los estudios de obligada referencia sobre ambos contextos económicos. Respecto de Estados Unidos, véase G. BORJAS, «The economics of immigration», *Journal of Economic Literature*, 1994, dic.; respecto de la Unión Europea, recomienda la lectura de los trabajos contenidos en *Migration: a challenge for Europe*, coordinados por HORST SIEBERT, MOHR, Tubingen, 1994, y en «La inmigración en Europa. Expectativas y recelos», *Revista de Estudios Económicos*, 1994, núm. 4.

habidos en 1996 (3,26 por ciento de los nacidos) a 33.076 registrados el año pasado (8,19 por ciento). Así, según los últimos datos del INE, por nacionalidades y en cifras absolutas, Marruecos (7.241), Ecuador (5.627), Colombia (2.881) y China (1.130) encabezan los nacimientos. Aunque los marroquíes constituyen el grupo más numeroso de inmigrantes en España (234.937 del más del millón de extranjeros residentes), proporcionalmente los dos países suramericanos citados han disparado su aportación respecto a años anteriores, con el 116,83 por ciento respecto a 2000, en el caso de Ecuador, y el 90,02 por ciento en el caso de Colombia.

El servicio de estudios del BBV (87) establece que tan sólo con un aumento medio de 90.000 inmigrantes anuales se conseguirá mantener la población activa en la España del año 2010. En los treinta años que van desde 1990 hasta 2020, las proyecciones demográficas pronostican un descenso de los menores de 24 años de 4,6 millones, frente a un aumento de la población de más de 65 años en 2,5 millones. Por su parte, la ONU (88) considera que la UE necesitaría 47 millones y medio de inmigrantes de aquí a 2050 para mantener constante nuestro actual volumen total de población. Y para mantener el volumen de población en edad laboral, necesitaríamos casi 80 millones de nuevos inmigrantes. Pero donde las cifras alcanzan el paroxismo es en el escenario más drástico: si el objetivo es mantener constante el ratio entre activos y jubilados (y, al fin y al cabo, ese es el objetivo de cara a la sostenibilidad de las prestaciones), la UE necesitaría la cifra de 700 millones y medio de nuevos inmigrantes. Prácticamente el doble del volumen actual de la población total en los países de la UE.

El análisis reviste especial interés en lo que hace a un tema tan de actualidad, cual es el que se refiere al futuro de los sistemas públicos de pensiones, por ejemplo en nuestro país, y que exige para su estudio el uso conjunto de las herramientas que nos proporciona la Economía, la Demografía y la Sociología, entre otras ciencias preocupadas por los comportamientos humanos. Evaluadas en torno a este punto unas y otras teorías, la balanza parece inclinarse hacia el lado positivo o la afirmación de los benéficos efectos de la inmigración sobre el Estado del bienestar y, en concreto, el sistema de pensiones, por entender que, en países de población envejecida, como ocurre en los europeos en general y en España en particular (89), la inmigración tiende a rejuvenecer la población y a disminuir la tasa de dependencia, aliviando la presión financiera sobre el sistema de bienestar social (90). La

(87) Nota interna número 5/98, de 17 de junio de 1998.

(88) *Replacement Migration: Is it a Solution to Declining and Ageing Populations?*, 2000.

(89) Desgraciadamente, hay que tener en cuenta que el índice de juventud de España es sólo de 2,0, frente al 9,3 de EE.UU., al 9,1 de Canadá, al 5,4 de Francia o al 3,2 de Noruega, siendo, por tanto, uno de los más bajos del mundo. A su vez, las tasas de natalidad y mortalidad están prácticamente equiparadas en torno a los 9/1.000 habitantes, lo cual coloca a España a las puertas del crecimiento cero. Esto sitúa a nuestro país en lo que se ha llamado la «involución demográfica» de la llamada «Europa de la tercera edad». Esta realidad producirá lo que se ha denominado la «gran vejez»; sobre sus efectos sobre la financiación del sistema de pensiones, dos antagónicas interpretaciones pueden verse en F. FERRERAS ALONSO, «El futuro de las pensiones de jubilación en España: el “nuevo orden demográfico” y otras cuestiones a considerar», y J. A. HERCE, «La financiación de las pensiones en un contexto de envejecimiento de la población: el ejemplo español», ambos en *El Campo de las Ciencias y las Artes*, Servicio de Estudios del BBVA, 2002, núm. 139, pp. 189-216 y 217-234.

(90) A. LORCA, M. ALONSO, L. A. LOZANO, *La inmigración en las fronteras de la unión europea*, Madrid, Encuentro, 1997, p. 35.

premisa fundamental que sustenta la citada conclusión es que los inmigrantes llegan cuando son jóvenes, fuertes y saludables, a la edad en que las personas trabajan y producen y muchos años antes de percibir jubilaciones y de ser objeto de cuidados médicos de alto coste (91).

La base científica para alcanzar la mencionada conclusión radica en el efecto sustitutivo que la inmigración tiene de la natalidad del país de acogida, al sostener que cada inmigrante equivale a un nacimiento, con un desfase temporal: un inmigrante es igual a un nacimiento de veinte o veinticinco años atrás. Y ello por cuanto, aunque la inmigración no resuelve por sí sola el problema de la demografía –estudios de la OCDE sostienen que la afluencia de inmigrantes tendría que aumentar entre cinco y diez veces su nivel actual para neutralizar los problemas que plantea el envejecimiento de la población (92)–, sí contribuye favorablemente al sistema demográfico del país. Si la crianza de niños no costase, la inmigración de empleo no cualificado sería equivalente a un incremento en la tasa de natalidad del empleo cualificado, que generaría externalidades positivas hacia el resto de la población ayudando a la financiación del sistema de pensiones. Pero como la realidad es que criar niños sí cuesta dinero, la inmigración de trabajadores no cualificados es más beneficiosa para la población nativa que una explosión de natalidad del país de acogida (93). Así, la opción por tener más hijos o más inmigrantes puede ser política o cultural pero, desde el punto de vista de la pirámide de edad y del mercado de trabajo considerado globalmente, es equivalente: en definitiva, se incrementa, por esta vía, la población en edad de trabajar y de contribuir, por modesta que sea su aportación al sistema de pensiones.

Ahora bien, ¿qué hay del crédito que, a su vez, generan los inmigrantes frente al Estado del país de acogida y que se materializa en los beneficios sociales que reciben en el presente y en las pensiones de jubilación que devengan para el futuro? Las personas que vienen al país a trabajar, aunque cotizantes, también generan derechos en el futuro y derechos sin contrapartida financiera por tratarse de un sistema de reparto.

Pues bien, los estudios económicos muestran cómo la diferencia entre impuestos pagados y servicios utilizados no es sistemáticamente mayor para los grupos más recientes de inmigrantes que para los naturales de los países receptores. Ello se debe a que las rentas medias de los nuevos grupos de inmigrantes son inferiores a las de los nativos lo que es, a su vez, consecuencia de su inferior nivel de educación. Por otra parte, no existe constatación de que estos inmigrantes recientes sean usuarios más onerosos de los servicios de bienestar social (incluida la educación) (94). Por lo

(91) J. L. SIMÓN, «Sobre las consecuencias económicas de la inmigración: lecciones para las políticas de inmigración», en G. MALGESINI (comp.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Barcelona Icaria/Fundación Hogar del Empleado, 1998, p. 280.

(92) P. WALLACE, *El seísmo demográfico*, Madrid, Siglo XXI, 2000, p. 42.

(93) A. RAZIN, E. SADKA, «Migration and pension with international capital mobility», *Journal of Public Economics*, 1999, núm. 74, pp. 148-149.

(94) J. L. SIMÓN, *Sobre las consecuencias económicas de la inmigración....*, cit., p. 279. Un estudio estadístico sobre la relación entre gastos e ingresos de los inmigrantes, tanto a nivel del Presupuesto del Estado como del de las CC.AA. y Corporaciones Locales puede verse en R. APARICIO GÓMEZ, *El impacto económico de la inmigración: costos para el Estado y movimiento de consumo y salarios*: <http://www.imsersomigracion.upco.es/otros%20documentos/> (última visita: 19 de mayo de 2003).

que se refiere a la balanza entre su contribución al sistema de pensiones y la generación de un derecho futuro a su favor, puede concluirse que la carga neta que el inmigrante supone para el sistema puede convertirse en un beneficio neto porque, en un contexto de economía dinámica, dicha carga se va traspasando indefinidamente: en el momento de su llegada al país –cuando son jóvenes– los inmigrantes contribuyen netamente a las finanzas públicas y no consumen pensión y en el momento de su jubilación sí consumen ellos mismos su pensión, pero también garantizan la supervivencia del sistema aportando suficientes niños con capital humano bastante como para soportar las pensiones adicionales (95). Por el contrario, el coste neto que los inmigrantes imponen cuando envejecen se difiere al futuro indefinido, por lo que el saldo son unas externalidades positivas a la población nativa (96).

Este último argumento permite sostener que, incluso partiendo de la existencia de programas gubernamentales de redistribución, la afluencia de inmigrantes es positiva para el sistema, pues los inmigrantes siempre tienden a ser jóvenes y estar, por tanto, en sus primeros años de trabajo y no gente mayor, cuyo sostén constituye el principal objetivo del Estado de bienestar. Puede llegar a sostenerse que la familia inmigrante media paga más impuestos y recibe menos beneficios que la familia nativa media (97).

Efectivamente, los estudios económicos muestran cómo la diferencia entre impuestos pagados y servicios utilizados no es sistemáticamente mayor para los grupos más recientes de inmigrantes que para los nativos. Según un estudio realizado por el Imsero sobre la cuantificación de gastos e ingresos que genera la presencia de inmigrantes en España y considerando como gastos los producidos a nivel estatal, de Comunidad Autónoma y Locales en materia de seguridad ciudadana, instituciones penitenciarias, atención sanitaria, educación y prestación de desempleo, la estimación de estas partidas fue de 108.409.620.080 pesetas, en 1998. En el capítulo de ingresos, se contabilizan el IRPF, Impuestos Patrimoniales, Impuestos Especiales, IVA de profesionales, Impuesto de Actividades Económicas y cuotas de Seguros Sociales, con lo que los ingresos debidos a inmigrantes se sitúan en 334.055.312.331 pesetas en el mismo año. El resultado favorable es de 225.645.692.251 pesetas. Por su parte, y según un estudio reciente de CC.OO., los inmigrantes que trabajan en España, que representan el 2,5 por 100 de la población ocupada, aportan entre el 2,4 y el 4 por 100 del PIB –según se tomen los datos de la EPA o de la Seguridad Social–, el 2,4 por 100 del presupuesto de la Seguridad Social (122.229.202 euros al mes) y un 1,6 por 100 del total recaudado por el IRPF (571.059.249 euros al año).

Pero los anteriores argumentos no son definitivos. Si bien es cierto que, en una inicial aproximación, pudiera convenirse en sus benéficos efectos sobre el sistema de Seguridad Social, lo cierto es que, como señalan Dolado y Rojas (98), «junto a los beneficios que conlleva el hecho de que los inmigrantes aporten inmediatamente nuevas contribuciones a la seguridad social, su envejecimiento posterior habrá

(95) A. RAZIN, E. SADKA, *Migration and pension ...*, cit., p. 149.

(96) A. RAZIN, E. SADKA, *Migration and pension ...*, cit., p. 148.

(97) J. L. SIMÓN, *Sobre las consecuencias económicas de la inmigración...*, cit., p. 272.

(98) J. J. DOLADO y J. ROJAS, «Garantías demográficas para la Seguridad Social», *El País*, 12 de junio de 2001.

de significar un mayor número de pensiones, con lo que podrían deshacerse, a medio término, los efectos positivos de corto plazo». Obviamente, ello no implica que la inmigración tienda a agravar el problema de las pensiones, sino que su contribución a la solución del mismo viene determinada por algunas condiciones. Los citados autores citan el estudio llevado a cabo para los Estados Unidos por Kejttil Storesleiten, de acuerdo con cuyos resultados, el envejecimiento de la población norteamericana reclamaría un aumento permanente de cuatro puntos en las cotizaciones a la Seguridad Social, o bien un sustantivo incremento del flujo inmigratorio anual, desde los actuales 1,1 millones de personas a 1,8 millones, pero siempre que tuvieran edades entre 25 y 49 años, aportaran una educación superior y llegaran sin familia o dependientes. El acompañamiento de hijos menores de 15 años elevaría el tamaño del flujo necesario a 2,2 millones. Dolado y Rojas concluyen que, aunque tales resultados pueden no ser directamente aplicables al caso español, los argumentos de fondo tienen una validez más general. Una protección social generosa, se ha dicho, favorece al trabajador poco cualificado y tiende a incrementar el desequilibrio financiero del sistema. Así, si se pretendiera simplemente asegurar la sostenibilidad del sistema de pensiones mediante flujos migratorios, lo apropiado –en España como en cualquier país– sería, no una política indiscriminada de inmigración, sino «un sistema de cupos, a través de puntos, que favoreciera la inmigración de trabajadores de mediana edad, cualificados, con pocos hijos y que, en la medida de lo posible, volvieran a sus países de origen antes de la edad de jubilación». Aguda pero incierta solución.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES: «EL YO ES A VECES OTRO»

Reflexiones económicas al margen, sabemos desde Rimbaud que «el yo es a veces otro». Quien piense acerca de lo extraño comprenderá mejor, sin duda, lo propio. La alteridad del extranjero nos obliga a contrastar nuestras ideas; a mostrarnos a nosotros mismos en nuestra auténtica realidad y permite dimensionar de forma realista nuestro propio ser. Dice Thibaut que «la capacidad de ver lo distinto sólo es posible, si miramos sin limitar el alcance de los que vemos». El fenómeno de la inmigración supone afrontar una nueva realidad pues en ella se encuentra, como con indudable grafismo se ha señalado, el «germen de una nueva sociedad».

Tal empeño requiere reformular sobre nuevas bases no sólo las instituciones jurídicas sino también los modos clásicos de concebir la sociedad. Valores como la tolerancia, la inserción, la hospitalidad o la integración se convierten en los renovados objetivos de una también renovada sociedad. La fusión social que esa realidad exige debe abordarse con vigor, fantasía y voluntad. La vieja Europa deberá abrirse y permanecer en una actitud de apertura y de aprendizaje frente a las influencias interculturales procedentes de otros continentes, ya que «únicamente el propio grado de tolerancia y de apertura que ostente será el factor verdaderamente significativo en un mundo verdaderamente humano tendente a la unificación cultural» (99).

(99) P. HABERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 125.

