

NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS Y DERECHO A LA IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo
Consejero Permanente de Estado

EXTRACTO

La estrecha y permanente vinculación entre el principio de igualdad y el derecho fundamental de libre circulación constituye hoy por hoy un factor clave para la comprensión del estatus que gozan los ciudadanos comunitarios, del que cabe destacar el papel secundario que juega el dato concreto de la nacionalidad interna. Desde la perspectiva del ciudadano extracomunitario ello se traduce sin embargo, a modo de principio, en un concepto negativo, de no derecho. No obstante, se aprecia una importante evolución en su tratamiento normativo. De hecho las posibilidades para justificar una desigualdad de trato van quedando reservadas al momento del acceso al mercado de trabajo, la progresiva unificación de la política de inmigración y la desaparición de las fronteras interiores tienen en ello mucho que ver, pero no en cuanto al disfrute de las condiciones de trabajo una vez celebrado el contrato. Evolución, en suma, que coincide con la de la distinta significación que presentan voces tradicionales como las de las políticas migratorias y el Derecho de la Emigración.

ÍNDICE

1. El principio de igualdad de trato y la exclusión de trabajadores de terceros Estados
2. El inmigrante extracomunitario y la progresiva comunitarización de las políticas migratorias nacionales
3. La protección internacional de los derechos del inmigrante extracomunitario
4. Los derechos del inmigrante como trabajador "in situ"
5. La igualdad de trato en las condiciones salariales y de trabajo
6. La igualdad de trato de los inmigrantes extracomunitarios en la Seguridad Social
7. La integración social de los inmigrantes extracomunitarios

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA EXCLUSIÓN DE TRABAJADORES DE TERCEROS ESTADOS

La libre circulación de los trabajadores, uno de los pilares básicos del sistema comunitario, ha supuesto una quiebra de las reglas tradicionales del derecho de inmigración y extranjería al suprimir barreras para la entrada e instalación de un ciudadano de un Estado miembro en otro país comunitario como trabajador migrante. El Derecho comunitario ha establecido un verdadero estatuto del migrante comunitario, concepto ya no sólo sociológico o estadístico sino jurídicamente preciso. Al mismo tiempo el tratamiento comunitario de la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros ha afrontado y solucionado en buena parte los problemas clásicos de la inmigración¹.

El TJCE ha hecho una interpretación finalista del derecho de libre circulación como derecho de la persona superando una visión meramente económica de esa libertad, y teniendo en cuenta que el trabajador que circula es una

¹ "Los procedimientos para controlar el acceso al mercado de trabajo y el cumplimiento de las formalidades administrativas requeridas al resto de los trabajadores extranjeros y fundamentadas en la discrecionalidad de las autoridades nacionales se van a desvanecer cuando el sujeto en cuestión proceda de un Estado miembro" (POLO SÁNCHEZ, M.C., "Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España", Madrid, 1994, pág. 168). El Tratado y el Derecho derivado, en una serie numerosa de Reglamentos y Directivas, tratan de asegurar que el trabajador de un Estado miembro que se desplaza a otro país no encuentre obstáculos para ello y que se encuentre allí como "en su propia casa", garantizando la entrada y estancia en otro país comunitario para trabajar y el goce de la libertad de trabajo en condiciones de igualdad con los nacionales. Vid., por todos, DURÁN LÓPEZ, F. "Libertad de circulación y establecimiento en la jurisprudencia del TJCE", Madrid, 1987; SALA FRANCO, T., "La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante, AL.31-32, 1990, págs. 415 y ss.

persona con derechos y con necesidades². Este mismo criterio ha inspirado el particular alcance que la jurisprudencia comunitaria ha dado al principio de igualdad y no discriminación del trabajador comunitario³, atendiendo a los problemas específicos de integración jurídica y social del inmigrante en el país donde se ha instalado, de modo que el principio de igualdad se conecta con la protección de los derechos de la persona más allá de su alcance económico⁴.

Aunque con ello el Tribunal de Justicia hubiera perseguido, sobre todo que "el derecho de libertad de movimiento pueda ejercerse en toda su extensión"⁵, desde la tutela de la igualdad se ha construido a favor del "eurotrabajador" un complejo status de derechos, no sólo económicos o laborales, y que afectan incluso a materias ajenas a la regulación comunitaria⁶. No sólo se ha interpre-

² Lo que ha sido elemento básico para elaborar la doctrina jurisprudencial sobre la protección comunitaria de los derechos fundamentales y su configuración como principios generales del ordenamiento jurídico comunitario. Cfr. MANCINI, G.F., "La tutela dei diritti dell'uomo; il ruolo de la CGCE", RTDPC, 1989, 1, pág. 1 y ss.

³ La igualdad de trato del inmigrante comunitario con el trabajador nacional se considera por la jurisprudencia como un derecho fundamental a no ser discriminado de la persona, que trasciende del mero campo de las relaciones de empleo y adquiere un alcance más general y que genera derechos directos e inmediatos persona individual que pueden ser invocados y alegados ante los poderes públicos comunitarios y estatales y ante los particulares. Cfr. RODRÍGUEZ-PINERO B-F, M., "La contribución de la jurisprudencia social del TJCE a la construcción del orden jurídico comunitario", "Scritti Mancini", Milan, 1989, I, pág. 488.

⁴ La jurisprudencia comunitaria ha tratado de buscar un fundamento más profundo al principio de igualdad, conectándolo con los principios generales del Derecho y con los derechos fundamentales de la persona reconocidos en el C.E.D.H., incluido el propio principio de igualdad. Cfr. La STJCE de 14 de junio de 1990, WEISER (C.37/89, Rec. Pág. 2395), que ha sostenido que el principio de igualdad de trato constituye un derecho fundamental que vincula a las autoridades comunitarias, confirmando el criterio reiterado en muchas otras sentencias que cita. Cfr. WEILER, J. y LOCKHART, N. "Takings Right Seriously. The EC and its Fundamental Rights Jurisprudence", en Comm. M.L. Rev 1995, pág. 90 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), "La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral", Pamplona, 1997.

⁵ Sentencia de 11 de abril de 1973, Michel, S. (76/72, Rec. pág. 466). Cfr. CHEVALIER, R.M. "Le statut du travailleur migrant communautaire au regard de la jurisprudence", en AA.VV. "Les travailleurs migrants et le droit international", París, 1979, pág. 221 y ss.

⁶ Vid. una síntesis de la casuística sobre el reconocimiento de derechos constitucionales instrumentales (vivienda, sanidad, medio ambiente, tráfico comercial, beneficios sociales, etc) en, GÓMEZ MUÑOZ, J.M. y RODRÍGUEZ-RAMOS, P. "La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea", en "Una aproximación al derecho Social Comunitario" (CRUZ, J. y PÉREZ DEL RÍO, T. coord), pág. 41-42. Donde la igualdad y no discriminación en razón de la nacionalidad ha sido llevado a sus últimas consecuencias quizás sea en el campo de la Seguridad social, inicialmente sólo para evitar que el trabajador resultase desfavorecido por el ejercicio de la libre circulación pero más tarde con un carácter más ambicioso, entendiéndolo como derecho derivado directamente del Tratado que se aplica preferentemente a cualquier norma interna o comunitaria que lo viole e interpretando de forma notablemente extensivo el ámbito propio de la Seguridad Social. Vid. RECIO LAZA, A. "La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria", Madrid, 1997.

tado de forma estricta la posibilidad de derogaciones al principio de igualdad entre los trabajadores nacionales y los de otros países comunitarios, sino que además el juicio de comparación se ha hecho valorando las ventajas y desventajas de la situación del trabajador migrante respecto al trabajador nacional⁷, con lo que se ha pasado del plano estricto de la igualdad de trato como razonabilidad de las diferencias, al plano más intenso de la no discriminación y la paridad de trato⁸.

La interconexión del principio de igualdad con la libertad de circulación pone aquel al servicio de ésta, y por ello ese principio no se aplica más allá de la esfera subjetiva propia de la libertad de circulación, los trabajadores migrantes nacionales de Estados miembros o, en su caso, asimilados. El Derecho comunitario no impone a los Estados miembros admitir como inmigrantes a ciudadanos de terceros países, ni afecta al mantenimiento de restricciones y controles para la entrada y permanencia de trabajadores de terceros países en el propio territorio, materia considerada propia del ejercicio de la soberanía de cada Estado y ajena en principio al orden jurídico comunitario.

El cambio radical que ha supuesto el Derecho Comunitario en los regímenes nacionales de admisión y tratamiento de los trabajadores extranjeros afecta sólo a aquellos que sean ciudadanos de alguno de los Estados miembros, únicos beneficiarios del derecho de libertad de circulación y de igualdad de trato. A efectos de la inmigración, resulta así decisiva la distinción entre los nacionales de Estados de la Unión Europea y los nacionales de terceros Estados, no beneficiarios del Derecho comunitario⁹.

⁷ STJCE de 8 de octubre de 1980, *Überschär* (810/79, Rec., p. 2747). Cfr. PRECHAL, S y BURROWS, N. "Gender Discrimination Law of the European Community", Aldershot, 1990, pág. 3.

⁸ La visión del principio de igualdad como mandato de equiparación supone un sentido unilateral de la igualdad de trato que ha permitido una aplicación expansiva y dinámica del mismo, y una superación de criterios meramente formales. Para evitar un trato menos favorable que el del propio nacional superando apariencias formales, se vedan condiciones o requisitos que se definan de modo que sólo o en su mayor parte pueden ser cumplidas por los nacionales, o de pérdidas o suspensión del derecho definidas de modo que fueran más fácilmente cumplidas por los nacionales de otros Estados miembros que por los del Estado competente, produciendo un resultado discriminatorio. El tema se conecta con las llamadas discriminaciones encubiertas o las indirectas, en las que no se establece como requisito la nacionalidad, pero se establecen injustificadamente otros criterios que por su impacto desigual para los extranjeros pueden llevar al mismo resultado. Este concepto de discriminación indirecta ha sido elaborado en relación con la libertad de circulación y se ha aplicado luego extensivamente en la bien conocida jurisprudencia comunitaria sobre igualdad de género.

⁹ Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I. "Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería" y GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. "Normativa de extranjería. Situación de extranjería en la Unión Europea"

El Derecho comunitario ha implicado pues una diferencia radical de trato entre los trabajadores extranjeros comunitarios, beneficiados de las prerrogativas de la ciudadanía europea y los trabajadores extranjeros extracomunitarios¹⁰. Dentro de los Estados de la Unión Europea ello ha acentuado la situación de diferenciación y segregación del trabajador inmigrante de terceros países, que ahora es el trabajador extranjero o inmigrante en sentido propio¹¹ y el afectado por los problemas específicos propios de la inmigración¹².

El Derecho comunitario no había contemplado un status del inmigrante extracomunitario¹³ condición que desde la perspectiva comunitaria no distingue una "condición jurídica propia y autónoma" sino que se cualifica negativamente como un "no status" respecto a la ciudadanía comunitaria¹⁴, en el sentido negativo de negarle en principio la libertad de circulación y su consecuencia principal, la igualdad de trato con los trabajadores comunitarios, y dejar el tratamiento de la cuestión al Derecho interno de cada Estado. Los extranjeros no comunitarios ni asimilados a ellos no pueden alegar en su favor un derecho de libre circulación para entrar, residir y acceder al mercado de trabajo en un Estado miembro. Sólo recientemente, pero partiendo de esa premisa, se están estableciendo bases para una progresiva comunitarización de las políticas

¹⁰ "Hay una primera y fundamental diferenciación entre extranjeros según sean ciudadanos de Estados miembros de la UE o del EEE o no lo sean" (MOYA ESCUDERO, M. "Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España", Granada, 1999, pág.6).

¹¹ Ello ha permitido afirmar que no tiene "demasiado sentido analizar la situación de los trabajadores comunitarios y asimilados conjuntamente con la de los trabajadores extracomunitarios, cuyo acceso a la residencia y al empleo en nuestro país está profundamente limitada y condicionada" (BALLESTER PASTOR, M.A., "El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España", Valencia, 1997, pág. 16).

¹² Vid. in extenso, LANFRANCHI, D., "Droit communautaire et travailleurs migrants des Etat tiers. Entrée et circulation dans la C.E.", París, 1994.

¹³ A los que se ha calificado en algunos países de "huéspedes" o "invitados" para destacar la deseada temporalidad de su permanencia. Sobre el auge actual de migraciones de duración limitada para empleos de corta duración, frente a la migración para una instalación definitiva y la conveniencia de diferencias disposiciones aplicables a los trabajadores admitidos de forma permanente y a los migrantes temporales. Vid. OIT, "Trabajadores migrantes", "Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la 87 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo", Ginebra, 1999, pág. 270. En nuestra legislación se observa una cierta premisa del carácter temporal de la contratación de los extranjeros, Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J. "El acceso al empleo de los trabajadores en España", RL, 1986, II, pág. 256. Sin embargo la realidad es que ha un porcentaje significativo de emigrantes con vocación de una estancia prolongada.

¹⁴ CARUSO, B. "Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?" en "Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo. Homenaje a Massimo

nacionales de inmigración para los nacionales de terceros países con un signo sustancialmente restrictivo¹⁵.

2. EL INMIGRANTE EXTRACOMUNITARIO Y LA PROGRESIVA COMUNITARIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS NACIONALES

El difícil equilibrio en el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de inmigración, en una materia que afecta tanto a la soberanía de los Estados, no está impidiendo que se superen las reticencias a una comunitarización de la política de inmigración, lo que están dando lugar a un fuerte condicionamiento de las políticas nacionales sobre todo en cuanto a las condiciones de entrada y residencia¹⁶, desde una armonización que ha supuesto la adopción como norma estándar de los modelos nacionales más restrictivos de admisión de inmigrantes "por la asunción de disposiciones normativas sustancialmente de restricción y reglamentación"¹⁷.

El Derecho comunitario o los acuerdos entre los Estados Miembros han acentuado el rigor en la aceptación de trabajadores inmigrantes extracomunitarios con el fin de regular y de encauzar los flujos inmigratorios y de controlar el acceso al espacio político y económico europeo¹⁸, para evitar que la Unión Europea se

¹⁵ La Decisión 85/381 de 8 de julio de 1985 instauró un procedimiento de notificación previa y concertación de las políticas migratorias a los terceros Estados. La intervención comunitaria resultó muy reforzada tras la STJCE de 9 de julio de 1987 (RF Alemania y otros contra Comisión, 281/1984). Vid. sobre el tema, por todos, MANCINI, G.F. "Politica comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva europea", Riv.dir.eur., 1989 pág. 309 y ss.

¹⁶ Vid. EL GUEDDARI, A. "Hacia una política de inmigración de la Unión Europea", OFRIM, junio 1999, pág. 38 y ss.

¹⁷ CARUSO, B. "Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?", cit., pág. 227, que se refiere a las recíprocas interconexiones entre los instrumentos de control de las fronteras e instrumentos de control a través del mercado de trabajo y a la tentativa de recuperar nuevos márgenes de discrecionalidad política sobre la admisión para hacer frente a presiones políticas internas, de modo que "en los años noventa, la llave reguladora del flujo de inmigración, en los principales países europeos, ha pasado del mercado al Estado".

¹⁸ Tras Maastricht la cuestión se había incardinado sobre todo en la materia de justicia e interior, con el acento consiguiente en el control (sin demasiado éxito) de las entradas y salidas de inmigrantes de terceros países con una relativa marginación de la atención a los inmigrantes. Cfr. LABAYLE, H., "La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence Intergouvernementale", RTDE, 1, 1997, pág. 1 y ss.. Según MANCINI, la filosofía de Maastricht no supuso un cambio de signo, sino formalizar y extender los resultados de las iniciativas adoptadas por la Comisión y transferir a la Comunidad un fragmento significativo de las competencias estatales en materia migratoria. lo que le hace hablar de un régimen "paracomunitario" ("Il governo dei movi-

convierta en un foco de emigración¹⁹. Sin embargo, deja en principio a los Estados la tarea de velar por la situación de los trabajadores extracomunitarios existentes en su territorio, o sea la llamada política de extranjería y "para" la emigración.

Desde el Tratado de Amsterdam la inmigración ha dejado de ser una materia extraña, pasando de la inicial cooperación intergubernamental a una competencia comunitaria. Su Título IV ha incluido, junto a la materia de asilo de refugiados y de personas desplazadas, el tema de los derechos de los ciudadanos de terceros países (art. 63) y el control de las fronteras²⁰. Al mismo tiempo, el Tratado de Amsterdam ha incorporado al ámbito del Tratado de la Comunidad Europea el Protocolo sobre el art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que figuraba como Anexo del Tratado de Maastricht. En dicho Protocolo se preveía la posibilidad de directivas, aunque decididas por unanimidad, respecto a las "condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad". El Tratado de Niza, una vez ratificado, supondrá una modificación del art. 137 en relación a la competencia comunitaria en la regulación de las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad, pues aunque prevé el apoyo y complementación por la Comunidad de las acciones de los Estados, excluye "toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros"²¹, previendo sólo medidas para fomentar la cooperación entre los Estados mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, y el de promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias.

El tema de la política de inmigración ha pasado del tercer pilar sobre seguridad, policía y cooperación judicial a un título autónomo insertado en el pilar comunitario, "políticas comunes y específica competencia comunitaria en la regulación de la entrada y en los flujos, en la política de visados, en la liberalización de la circulación de los ciudadanos de países terceros al interior de los confines de la Europa Comunitaria"²². Al mismo tiempo, en el tema de la política para la inmigración y la problemática de las condiciones salariales y de

¹⁹ Vid. Sobre la incidencia del Acuerdo de Schengen en el endurecimiento de los requisitos de entrada al territorio español, vid. MOYA ESCUDERO, M. "Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España", Granada, 1999, pág. 28 y ss; PÉREZ VERA, E. "Entrada de los nacionales no comunitarios" en AAVV "Alternativas a una política de inmigración", Madrid, 1996, pág. 99 y ss.; Aunque se afirma que no se "ha querido crear una fortaleza sino racionalizar los controles" TCHEN, V. "Le droit des étrangers", París, 1998, pág. 27, la desaparición de las fronteras interiores ha acentuado el cierre de las fronteras exteriores.

²⁰ Cfr. LABAYLE, H. "La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam", AJDA, 1997, pág. 929.

²¹ Lo que no se aplica además, como el resto del artículo, a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.

²² CARUSO, B. "Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?", cit. pág. 231, quien habla al respecto de una "fortaleza europea".

trabajo de los inmigrantes, aunque sigue siendo en su regulación competencia de los Estados, se reconoce una competencia comunitaria de apoyo y complemento de las acciones estatales que va más allá de la cooperación intergubernamental y que está permitiendo ya iniciativas tendentes a coordinar esas políticas nacionales y enmarcarlas dentro de la política comunitaria de inmigración.

Por exigencias de acuerdos intergubernativos y por directrices comunitarias, los Estados miembros han acentuado el rigor en la aceptación de trabajadores inmigrantes extracomunitarios, con el común propósito de evitar que Europa se convierta en un foco de emigración en una línea restrictiva y de cierre de fronteras, comunitarias frente a las crecientes demandas de acceso de trabajadores de terceros países²³. Este objetivo de limitar la entrada en el territorio comunitario a los ciudadanos de terceros países con fines de trabajo, impone a cada Estado comunitario asumir una función de guardián de las fronteras de la Unión Europea frente a los flujos inmigratorios incontrolados y de garantizar la actuación contra la inmigración ilegal en todo el conjunto del territorio de los Estados que la forman²⁴.

El Consejo Europeo de Tempere de octubre de 1999 ha insistido en la necesidad de "desarrollar una política común de la Unión Europea" en relación con la migración y la gestión de los flujos migratorios y de adoptar rápidamente decisiones para "aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países". Con ello se hace referencia ya no sólo a una política de inmigración sino también a una política para la inmigración²⁵.

Se trata de un nuevo enfoque integrador de la política de inmigración que incluye la consideración del tratamiento de los inmigrantes en el país de acogida. A este respecto, el ordenamiento jurídico comunitario habrá de operar, no sólo como elemento negativo, al imponer medidas restrictivas de los movimientos migratorios, sino también en un sentido positivo para garantizar, en palabras de la Comisión Europea, un "trato justo de los nacionales de terceros países que residen en el territorio de los Estados miembros, a través de una política de integración dirigida a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea"²⁶.

²³ Vid. PÉREZ MARIÑO, F., "Práctica española en materia de asilo e inmigración", cit., pág. 65.

²⁴ Cfr. RAMOS QUINTANA, M.I., "Trabajadores extranjeros e integración social", TL, 54, 2000, pág. 12.

²⁵ Según la Comisión las propuestas legislativas solicitadas en Tempere afectarían a las condiciones para la admisión y residencia de inmigrantes y para los visados a largo plazo y permisos de residencia, a la definición de un conjunto de derechos uniformes para los nacionales de terceros países, los criterios y condiciones bajo los cuales se permita el trabajo en cualquier Estado miembros ("Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de inmigración, de 22 de noviembre de 2000". Com (2000) 757 final, pág. 4).

²⁶ "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de inmigración", cit., pág. 10.

Esa voluntad de integración de los trabajadores extracomunitarios legalmente establecidos, supone acercar su situación a la de los ciudadanos de la Unión²⁷, y para ello lo que resulta especialmente relevante que puedan ser también beneficiarios del principio de igualdad de trato y no discriminación. Pero ello también implica superar la idea de que el inmigrante quede fuera de la protección del orden jurídico comunitario, y de que se someta sólo a las legislaciones nacionales, aun con los condicionamientos que para las mismas derivan de las Constituciones y los Tratados internacionales²⁸.

La progresiva incorporación en el orden jurídico comunitario de la materia de la migración de ciudadanos de terceros países está significando también el condicionamiento del orden jurídico comunitario por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que forman parte de los principios generales del orden jurídico comunitario, por la normativa internacional sobre derechos humanos y por la Carta de Derechos Fundamentales que la propia Comisión considera una referencia obligada para el diseño de un conjunto común de derechos y obligaciones básicas para los nacionales de terceros países. De modo que el desarrollo futuro de la política comunitaria en materia de inmigración se inspirará en "el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana, la apreciación del valor del pluralismo y el reconocimiento de que la pertenencia a la sociedad se basa en una serie de derechos, pero incluye responsabilidades para todos sus miembros, ya sean nacionales o inmigrantes"²⁹.

3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL INMIGRANTE EXTRACOMUNITARIO

En el derecho de extranjería había venido prevaleciendo el principio "realista" de la soberanía nacional frente al principio universalista de igualdad entre los seres humanos³⁰. Esta tendencia que se está invirtiendo por la evolu-

²⁷ Vid. ROJO TORRECILLA, E. "Trabajo y emigración: ¿viejas respuestas para nuevas realidades?, en "Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo", cit. pág. 273 y ss.

²⁸ Tanto los relativos a los derechos humanos, como los que tratan más específicamente la migración. Según la BALLESTRERO las más débiles garantías de los inmigrantes extracomunitarios han de buscarse en el complejo entrecruzamiento entre Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derecho interno ("Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza" DLRI, 63, 1994, pág. 490).

²⁹ "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración", cit. pág. 21.

³⁰ Cfr. LOCHAK, D. "Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites?", DS, 1990 pág. 76 y ss. Según la Comisión de Expertos de la OIT, se observa hoy una extensión creciente "entre el derecho soberano de cada Estado de proteger los intereses del mercado de trabajo interno y los derechos fundamentales de los trabajadores que, por diversos motivos, se vieron forzados o eligieron inmigrar en busca de empleo (OIT, "Trabajadores migrantes", Ginebra, 1999, pág. 12).

ción de los sistemas constitucionales y por el desarrollo de la normativa internacional en materia de derechos humanos, extranjería y migración³¹ que está relativizando las diferencias entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales y el propio concepto de ciudadanía³², al reconocerse directamente derechos inherentes a la persona humana, "incondicionales"³³, no sometidos a la condición de nacionalidad ni disponibles por el legislador³⁴.

El inmigrante ve así reconocidos derechos civiles, económicos y sociales en función de su triple condición, persona humana, residente en el territorio de otro Estado y trabajador³⁵. En el caso de los trabajadores extranjeros se está invirtiendo la secuencia clásica entre derechos políticos, civiles y sociales. El acceso a la ciudadanía social abre el de la ciudadanía civil y de allí el de algunos aspectos de la ciudadanía política, que sigue siendo el núcleo duro vinculado a la nacionalidad³⁶. El status del inmigrante se enriquece con la llamada ciuda-

³¹ "El desarrollo de la normativa internacional en materia de derechos humanos y derecho humanitario ha dado lugar al standard único de trato, aplicable por igual a nacionales y extranjeros". Vid. FERRER LLORET, J. Comentario art. 3, en "Comentarios a la Ley de Extranjería", (dirigidos por ASENSI SABATER, J.) Zaragoza, 2000 pág. 40.

³² Según LÓPEZ SALA "en las sociedades receptoras actuales apreciamos una proliferación de estatus de pertenencia parcial basada en el reconocimiento a los extranjeros de una gran parte de los derechos reservados a los ciudadanos" que se debe a la pertenencia a una categoría más inclusiva que la ciudadanía formal, lo que permite una pertenencia múltiple y abre la puerta incluso para una ciudadanía diferenciada, la llamada ciudadanía postnacional menos basada en consideraciones territoriales que en la noción de derechos del individuo ("Inmigración, Ciudadanía y Derechos Liberales", en "España y las inmigraciones internacionales en el cambio de siglo", Madrid, 2000 (ed. en CD.) pág. 7 y ss.

³³ TCHEN, V. "Le droit des étrangers", París, 1998, pág. 71.

³⁴ Como hace la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza en diciembre de 2000 que reconoce una serie de derechos de dignidad y de libertad no condicionados a una ciudadanía comunitaria. Según la Comisión europea los principios de la Carta "debido a la universalidad de determinados derechos, se aplican a los nacionales de países terceros" ("Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración" cit. pág. 12.).

³⁵ Ha cobrado actualidad en relación con la inmigración la distinción de T. Marshall sobre los tres planos o elementos de la ciudadanía, el civil vinculado a derechos de libertad, el político, vinculado a derechos de participación y el social vinculado a derechos de protección social (vid. MARSHALL BOTTOMORE, T., "Ciudadanía y clase social", Madrid, 1998, pág. 22 y ss.. Cfr. LÓPEZ SALA, A.M. "Inmigración, ciudadanía y derechos liberales", en "España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo", Madrid, 2000 (ed. en CD.) pág. 11 y ss. y GUIRAUDON, V. "The Marshallian Triptych re-ordered: the role of court and bureaucracies in furthering migrant rights", EUI Working Paper, EUF, núm. 99/1.

³⁶ de modo que "la ciudadanía social de los inmigrantes antecede y se detiene en el umbral de la ciudadanía política" COLON GONZÁLEZ, F. "Los umbrales del demos: ciudadanos, transeúntes y metecos", en QUINTANA, F., ed. "La filosofía política en

danía social derivada de la condición de trabajador, pero también la referencia a la dignidad humana opera en el reconocimiento de derechos no estrictamente laborales, como la protección frente a la discriminación, la protección de la familia, de la libertad religiosa, etc.³⁷.

En el plano europeo la protección jurídica de la situación del inmigrante extracomunitario se ha beneficiado del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de Roma que le ha asegurado un estándar mínimo de derechos al aplicarse dicho Convenio no según un criterio de nacionalidad sino de "justiciabilidad"³⁸ y en muchos casos a favor de inmigrantes como se comprueba en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Este Tribunal no sólo ha tutelado el derecho de libertad personal en caso de retención e internamiento de extranjeros³⁹, sino que ha hecho una aplicación extensiva del art. 3 del Convenio sobre la interdicción de tratos humanos y degradantes⁴⁰, ha vinculado al debido respeto a la dignidad personal la concesión de determinadas prestaciones y ayudas⁴¹ y ha deducido del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio un derecho del inmigrante a llevar una "vida familiar normal"⁴². Por lo demás, el Consejo de Europa ha desarrollado instrumentos

³⁷ Cfr. LÓPEZ SALA, A.M. "Inmigración, ciudadanía y derechos liberales", cit. pág. 16; MARZAL, E. "Constitucionalización e inmigración: la reformulación del estatuto jurídico del migrante a través de la jurisprudencia", en "España y las inmigraciones internacionales en el cambio de siglo", cit. pág. 11.

³⁸ Cfr. PETTITI, L. "La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l'Homme", en "Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales", París, 1999, pág. 31.

³⁹ Sobre la incidencia en esta materia de los arts. 5 y 6 CEDH, vid. TEITGEN-COLLY, C. "L'éloignement des étrangers et les arts. 5 et 6 de la CEDH", en FULCHIRON H. (ed.), "Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales", cit. pág. 243 y ss. No cabe olvidar que "todo Ministro del Interior sueña con poder expulsar del territorio a todos los extranjeros en situación irregular. Porque de ello depende la eficacia de la política de inmigración y de las disposiciones legislativas adoptadas para ponerla en práctica" (JULIEN-LAFERRIERE, F. "L'éloignement du territoire" *ibid.* Pág. 229.

⁴⁰ Incluyendo también exigencias de medidas positivas de atención a la persona. Cfr. SUDRE, F. "Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 CEDH", en FULCHIRON, H. (dir.) "L'étrangers et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", cit. pág. 65 y ss.

⁴¹ Entendiendo que la exclusión de tales derechos puede suponer un menoscabo de la dignidad personal. TEDH Gaygusuz, S. 16 noviembre 1996, Vid. sobre la misma, SÁNCHEZ-RODAS, C. "Derechos humanos y protección social", Comunicación XVII Jornadas Andaluzas de DTSS, Córdoba, 1998.

⁴² Materia en la que "el voluntarismo jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre ha sido decisivo" LABAYLE, H., "L'article 8 CEDH et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale" en FULCHIRON, H. (dir.) "L'étrangers et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

específicos para la protección de los trabajadores migrantes⁴³, pero sin haber podido llegar a formular las bases de un estatuto jurídico del trabajador migrante.

También ha sido muy relevante al respecto la contribución del llamado Derecho Internacional del Trabajo, que no sólo se ha preocupado por la fragilidad de la posición jurídica del inmigrante y su debilidad ante las injerencias de los poderes públicos, sino también de la peor situación real en la que se encuentran los inmigrantes como grupo desfavorecido también en sus condiciones salariales y de trabajo⁴⁴. Diversos instrumentos internacionales han tratado de asegurar una igualdad de condiciones de trabajo del inmigrante con los nacionales para evitar la discriminación que sufren los trabajadores extranjeros.

En el marco específico de la OIT, el Convenio núm. 97 relativo a los trabajadores migrantes, ratificado por España, reafirma ese principio de igualdad de trato⁴⁵, de modo que la legislación del trabajo se aplique "en principio indistintamente a los trabajadores nacionales y a los extranjeros"⁴⁶. El Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975, núm. 143 de la OIT⁴⁷ se refiere además a la igualdad de trato en materia de condiciones de

nido como con los titulares de ese derecho, desde perspectivas que tratan de ir más allá de prohibir determinadas actuaciones para conferir derechos al respeto de la vida familiar y al respeto de la vida privada entendiéndose que este último comprende el derecho de establecer y mantener relaciones con otros seres humanos en el dominio afectivo para desarrollar y respetar su propia personalidad, lo que incluye el derecho a entablar relaciones con otras personas de carácter efectivo y en cierta medida un derecho a la unificación de la familia.

⁴³ Aparte de la previsión contenida en el art. 19 de la Carta Social Europea, el escasamente ratificado Convenio sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante. Al haber sido dejado por los Estados fuera de la política de inmigración, el Consejo de Europa se ha centrado en la problemática de la integración social de los inmigrantes y de sus relaciones con la sociedad autóctona. Vid. MURRAY, J. "Le Conseil de l'Europe et les migrations internationales", en FULCHIRON, H. (dir.) "L'étranger et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", cit. pág. 18.

⁴⁴ Es un hecho plenamente constatado en la Europa Comunitaria. Vid. p. ej. ZEGERS DE BEIJL, "Discrimination of Migrant Workers in Western Europe, Ginebra, 1990.

⁴⁵ "siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas". Esta restricción se reitera en el art. 19 de la Carta Social Europea.

⁴⁶ OIT, "Trabajadores migrantes", cit. pág. 176. La limitación de la aplicación del principio de igualdad a los tratamientos normativos estatales y a las condiciones mínimas de trabajo, choca con el valor igualdad y su conexión con la dignidad de la persona, que postula que la igualdad de trato opere también en los tratamientos normativos de origen entendiéndose que no existe causa objetiva y razonable para que los convenios colectivos establezcan un trato diferente a situaciones jurídicas idénticas. Por ello se entiende que la prohibición de discriminación afecta también a las condiciones mínimas de trabajo y salariales establecidas por la contratación colectiva como prevén expresamente los instrumentos internacionales más recientes.

trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo⁴⁸. Con ello se trata de asegurar una igualdad efectiva de trato y de evitar discriminaciones en la práctica también de origen empresarial para evitar el hecho normal de que los trabajadores extranjeros gocen de condiciones laborales menos favorables y ganen "menos que los nacionales que realizan el mismo trabajo que ellos"⁴⁹.

En suma, las tendencias actuales tienden a hacer compatible los objetivos estatales de seguridad pública y de política económica, que suponen barreras y condicionamientos para la entrada y para la permanencia de los inmigrantes, con objetivos de protección de los derechos humanos y respeto de los valores constitucionales y de reconocimiento de los derechos vinculados al trabajo una vez que el inmigrante haya adquirido la condición de trabajador, pasando los filtros en los que residen sobre todo los poderes soberanos de cada Estado⁵⁰. También desde ese momento es cuando podía plantearse la problemática de la igualdad en las condiciones de trabajo.

4. LOS DERECHOS DEL INMIGRANTE COMO TRABAJADOR "IN SITU"

Los avances en la protección de los derechos humanos y en particular los de los inmigrantes han permitido en los distintos Estados de la Unión Europea reconocer al inmigrante, además de los derechos propios de la persona humana, una serie de derechos vinculados a la condición de trabajador⁵¹. Con ello se

igualdad de trato con los nacionales en materia de condiciones de empleo, asegurando una protección jurídica contra los actos de discriminación, particularmente los que tienen su origen en medidas empresariales. La Comisión de Expertos de la OIT ha puesto de relieve la discriminación que sufren los trabajadores extranjeros que en igualdad de trabajo gozan de condiciones salariales y laborales menos favorables y en general ganan "menos que los nacionales que realizan el mismo trabajo que ellos" ("Trabajadores migrantes", cit. pág. 157).

⁴⁸ También el Convenio sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo, declara que "en cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales", añadiendo que "no se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato" (art. 16).

⁴⁹ OIT, "Trabajadores migrantes", cit. pág. 157.

⁵⁰ La fragilidad del inmigrante se encuentra sobre todo ligada a la admisión y a la autorización de residencia y el permiso de trabajo, en cuya obtención reside la principal confrontación del extranjero con la "puissance publique" del Estado. Cfr. TCHEN, V. "Le droit des étrangers", cit. pág. 80.

⁵¹ El reconocimiento de esos derechos y de las correspondientes garantías es un elemento indispensable "para una efectiva integración y cohesión social" de los inmigrantes, y una condición para "el verdadero goce de los restantes derechos y otras libertades". RAMOS QUINTANA, M.I. "Trabajadores extranjeros e integración social".

asegura un estatuto jurídico al inmigrante dentro y fuera del lugar de trabajo que se acerca al concepto actual de ciudadanía cívica, más allá de los derechos estrictos de participación política reservados a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea. Desde la propia Comisión se está hablando hoy del desarrollo del concepto de ciudadanía cívica para los nacionales de terceros países⁵².

El predominio de los aspectos administrativos de policía en el momento de la recepción y acogida de los inmigrantes, no puede desconocer que éstos, una vez que han atravesado las fronteras y que se encuentran en el territorio y trabajan en él, son trabajadores a todos los efectos, y cuya protección jurídica corresponde al Derecho del trabajo y a sus instrumentos de tutela. Al Derecho del Trabajo de cada país comunitario corresponde un papel muy significativo en la regulación de la situación laboral del trabajador extranjero y de las singularidades del estatuto del trabajador extranjero. El Derecho del Trabajo es también así derecho para la inmigración.

El Derecho del Trabajo entra en juego una vez accedido el inmigrante al mercado de trabajo y adquirida la condición de trabajador, en virtud del correspondiente contrato de trabajo. A partir de ese momento al inmigrante le corresponden los derechos derivados de la condición de trabajador que conforman el contenido material del Derecho del Trabajo, así el derecho a una remuneración suficiente y no discriminatoria, el derecho al descanso y a la limitación de jornada a la prohibición de riesgos laborales, etc. Se trata de derechos en los que la ciudadanía debe carecer en principio de relevancia, pues el individuo trabajador trasciende al ciudadano y la dimensión territorial del disfrute del derecho ha de tener una especial trascendencia⁵³.

Ello afecta a los derechos de expresión y movilización colectiva tan importantes para los inmigrantes, y que tradicionalmente se reconducen a los derechos de manifestación, reunión y asociación, y, en el plano laboral, a los de sindicación y de huelga⁵⁴. Han de considerarse a los inmigrantes titulares directos de los derechos de reunión y de asociación como derechos "civiles" inviolables de libertad de la persona, al margen de la nacionalidad. También la libertad sindical es un derecho del trabajador como persona al margen de su nacionalidad⁵⁵. Lo mismo cabe decir del derecho de huelga, instrumento de

⁵² "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de emigración", cit. pág. 21

⁵³ Cfr. LÓPEZ SALA, A.M. "Inmigración, ciudadanía y derechos liberales", cit. pág. 11.

⁵⁴ Esa necesidad puede ser aún mayor para los inmigrantes no legalizados cuya situación irregular los hace especialmente débiles e indefensos también frente a abusos de empresarios desaprensivos. Por ello deben disponer de instrumentos jurídicos para la defensa legítima de sus derechos e intereses siendo la falta de ellos una de las razones de los abusos de contratación de inmigrantes y de su explotación particularmente grave en los casos de inmigración clandestina. Cfr. OIT, "Proteger a los menos protegidos: los derechos de los trabajadores migrantes y el papel de los sindicatos", cit. pág. 24 y ss. con cita específica del caso de España.

⁵⁵ Como se deduce de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona, sin distinciones de ningún tipo, a crear sindicatos y a sindicarse

autotutela y defensa de los intereses del trabajo, lo que permite entender que su titularidad deriva del carácter de trabajador sin condición de nacionalidad⁵⁶.

En los ordenamientos nacionales de los países de la Unión Europea no se ha cuestionado el goce por los inmigrantes extracomunitarios de los derechos sindicales, y la aplicación al respecto de la igualdad de trato en lo concerniente a la afiliación a las organizaciones sindicales, a la actividad sindical y al disfrute de las ventajas que ofrecen los convenios colectivos⁵⁷, aunque ciertos países han establecido restricciones para desempeñar cargos sindicales en razón de la nacionalidad⁵⁸ o condiciones específicas de residencia para esa elegibilidad⁵⁹. En todo caso el acceso del trabajador extracomunitario a los derechos sindicales es una premisa indispensable para poder asegurarle una igualdad de trato en las condiciones de trabajo.

Los problemas de la igualdad de trato se plantean más bien en relación con las condiciones de empleo. Vigente el contrato de trabajo, el mismo queda

para la defensa de sus intereses o de la Declaración de la OIT de los Derechos Fundamentales del Trabajador. Según el Convenio 87 OIT, el derecho de libertad sindical debe reconocerse a todos los trabajadores sin ninguna distinción lo que incluye también a los trabajadores extranjeros. La Comisión de Expertos de la OIT ha denunciado con preocupación el hecho de que las legislaciones de algunos países establezcan respecto al derecho de libertad sindical restricciones de mayor o menor importancia vinculadas a la nacionalidad. Vid. OIT, "Trabajadores migrantes", cit. pág. 192 y ss. También los convenios relativos a los trabajadores inmigrantes tratan de asegurar el goce de los derechos sindicales. Así el Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes, 1949 (núm. 97), establece que la igualdad de trato debe aplicarse en lo concerniente a las organizaciones sindicales y al disfrute de las ventajas que ofrecen los convenios colectivos, mientras que el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), establece que la igualdad de oportunidades y de trato debe aplicarse a los "derechos sindicales", lo que según explicita la Recomendación núm. 151 se refiere a la afiliación a las organizaciones sindicales, al ejercicio de los derechos sindicales, a la elegibilidad a cargos, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas.

⁵⁶ Dado el peligro de que conductas en el curso de las huelgas se consideren actos contrarios al orden público es importante la protección del derecho de huelga de los inmigrantes. Según la Comisión de Expertos de la OIT, en relación con el ejercicio del derecho de huelga no cabe olvidar las amplias facultades discrecionales de que gozan las autoridades para decidir la expulsión de los extranjeros, por lo que la forma en que son ejercidas puede constituir un obstáculo concreto para el ejercicio del derecho, sobre todo porque sobre la base de represión de actividades que presuntamente afectan a la paz social, la seguridad nacional o el orden público puede amenazarse gravemente el ejercicio de los derechos sindicales ("Trabajadores Migrantes", cit. pág. 196)

⁵⁷ Cfr. art. 6 Convenio 97 OIT y art. 10 Convenio 143 OIT.

⁵⁸ Por ejemplo Austria o Luxemburgo que admite un tercio de extranjeros como máximo en la dirección sindical.

⁵⁹ Según la Comisión de Expertos de la OIT el objetivo sigue siendo la supresión de toda condición de residencia, sin ninguna distinción fundada en la nacionalidad a favor de los trabajadores que residen legalmente en el territorio de un Estado ("Trabajadores Migrantes", cit. pág. 193 y ss.)

sometido en principio a la legislación laboral del lugar de ejecución del trabajo, entendiéndose el término legislación en un sentido amplio. La nacionalidad del trabajador, de por sí, es un factor irrelevante para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo interno a un contrato de trabajo que se celebra y que se ejecuta en el propio país. La inmigración implica contratos de trabajo que se ejecutan en un Estado con empresarios instalados en ese Estado sin implicar de por sí una conexión internacional del negocio jurídico laboral.

La regla general en los Estados de la Unión Europea es que el contrato de trabajo del inmigrante instalado (pues su desplazamiento personal es para contratarse como trabajador en otro país, no para trabajar de forma desplazada), no sea un contrato "internacional", sino "nacional" y sometido en principio al ordenamiento jurídico interno del lugar de ejecución del trabajo según resulta del art. 6 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, regla que se ha vinculado con el tradicional carácter territorial de la legislación laboral. La Directiva 96/71/CE ha confirmado "a contrario sensu" esta regla, al mantener, de acuerdo al art. 6 del Convenio de Roma, la regla de extraterritorialidad del contrato de trabajo en caso de desplazamiento temporal de trabajadores.

5. LA IGUALDAD DE TRATO EN LAS CONDICIONES SALARIALES Y DE TRABAJO

Presupuesta la sujeción del contrato del trabajo del trabajador migrante a la ley del lugar de trabajo se plantea la aplicabilidad del principio de igualdad de trato con los nacionales en las condiciones de trabajo y salariales. Las posibles modulaciones, restricciones o reservas para los trabajadores extranjeros establecidas por el legislador nacional también se encuentran condicionadas por los tratados internacionales y por los mandatos constitucionales. La evolución reciente del derecho de la inmigración está suponiendo una práctica equiparación entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores nacionales en el goce de los derechos sociales. Se considera que la desigualdad de trato con el nacional está justificada en relación con el acceso al empleo pero no en relación con derechos que derivan de la condición de trabajador y para la tutela del trabajo en los que esa condición de trabajador ha de ser el elemento relevante para la titularidad del derecho.

La igualdad de trato en las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes se postula hoy en el plano internacional pero también en los ordenamientos nacionales. Se trata de que las regulaciones relativas al salario mínimo, la jornada y los descansos, las vacaciones, la edad mínima de admisión al empleo, la tutela de la seguridad y salud en el ambiente de trabajo, el acceso a la formación profesional, la promoción, la protección de la estabilidad en el empleo, etc. se apliquen por igual a los trabajadores al margen de su nacionalidad partiendo de la idea de que los derechos individuales de los trabajadores son los mismos sea cual sea su nacionalidad, y que no es legítimo establecer

diferencias de trato entre los trabajadores en función de su nacionalidad⁶⁰. A este respecto, se ha podido deducir desde la experiencia de la OIT que "pocas disposiciones legales o administrativas sobre las condiciones de trabajo contienen disposiciones basadas en la nacionalidad", de modo que, y ello es así en los Estados miembros de la Unión Europea, la legislación de trabajo se aplica "en principio indistintamente a los trabajadores nacionales y a los extranjeros, en virtud de disposiciones generales relativas a sus campos de aplicación"⁶¹.

Sin embargo, ni en los sistemas constitucionales de los Estados miembros ni en el Derecho comunitario se ha impuesto un principio de paridad de trato con los nacionales, paralelo o semejante al que opera respecto a los trabajadores ciudadanos de la Unión. Ello no significa que el principio de igualdad y no discriminación carezca de relevancia en las diferencias entre trabajadores nacionales y trabajadores extranjeros.

Desde luego, el principio resulta plenamente aplicable cuando la diferencia de trato opera en contra de quienes poseen una determinada nacionalidad en cuanto "minoría". Un paso significativo a este respecto está en la protección contra las discriminaciones por motivos de raza, color, religión, ascendencia nacional u origen social que están frecuentemente en la base de prácticas discriminatorias contra los trabajadores migrantes y sus familias⁶². Recientemente, el Derecho comunitario ha previsto medidas contra la discriminación de los inmigrantes en conexión con la lucha contra el racismo y la xenofobia. Ello está en la base de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y que se aplicará en los ámbitos de empleo, formación, protección social (incluida la salud y la Seguridad Social), la educación y el suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda. La Directiva 2000/78/CE sobre un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha ampliado esos motivos a religión o convicciones, lo que también afecta muy directamente a la problemática de la inmigración⁶³.

El problema de este enfoque centrado sobre la discriminación racial en el sentido amplio del término, es que puede entenderse como excepción a una regla comunitaria de licitud de partida de diferenciación de trato por razón de nacionalidad en perjuicio de los trabajadores ciudadanos de terceros países. Sin embargo cabe sostener que las diferencias normativas de trato entre trabaja-

⁶⁰ Vid. LONG, M. "Sur le principe d'égalité", Conseil d'Etat, Rapport Public 1996 La Documentation française, núm. 48, pág. 362.

⁶¹ "Trabajadores migrantes", cit. pág. 176.

⁶² "que pueden afectar a la situación de ciertos inmigrantes víctimas eventuales de un trato discriminatorio por estas razones más bien que a causa de su nacionalidad" (OIT. "Trabajadores migrantes", cit. pág. 178).

⁶³ Cfr. ROJO TORRECILLA, E. "Trabajo e inmigración: ¿Viejas respuestas frente a nuevas realidades?", pág. 278.

dores nacionales y extracomunitarios también están sometidas al principio de igualdad en su alcance de vedar las que sean irrazonables y desproporcionadas en función de los fines legítimos que persigan⁶⁴. Ello puede encontrar carta de naturaleza en el orden jurídico comunitario, pues el objetivo de asegurar el "trato justo de los nacionales de terceros países", incluye conceder derechos "comparables" o equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión Europea⁶⁵.

El problema real no está hoy en la eliminación de medidas legales, administrativas o convencionales respecto a los trabajadores migrantes que se encuentren legalmente en el territorio sino el de la eliminación de las discriminaciones que sufren en la práctica. Ello se relaciona con la cuestión de si los destinatarios del mandato de igualdad de trato son sólo los poderes públicos o asimilados (las partes colectivas), sino también los empresarios privados afectando a los tratamientos desiguales respecto a los extranjeros extracomunitarios derivados de actos y decisiones empresariales. En otros términos, si el principio de igualdad puede llegar a configurar una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el seno de la relación de trabajo⁶⁶.

A este respecto, no dejan de ser significativos los derechos específicos que se reconocen en los acuerdos de asociación de las Comunidades y sus Estados miembros, con otros países de la Europa Central y Oriental o del Mediterráneo. En esos Acuerdos se contienen reglas específicas respecto a la circulación de los trabajadores que facilitan el acceso al empleo de los trabajadores migrantes nacionales de esos países para llevar a cabo gradualmente la libre circulación de los trabajadores y se prevén medidas inspiradas en los artículos 39, 40 y 41 del Tratado (antes 48, 49 y 50), que incluyen también cláusulas de no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a las condiciones de trabajo, remuneración o despido, y a cuyas cláusulas la jurisprudencia comunitaria ha dado efecto directo en cuanto a la posibilidad de invocación por los particulares⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, I. "Derechos y libertades de los trabajadores en España", en "La inmigración. Derecho español e internacional", cit. pág. 223 y ss. Es necesario que exista un fundamento objetivo y razonable para establecer o mantener diferencias de trato en razón de la nacionalidad, y ello afecta también al alcance que las leyes otorguen a los derechos fundamentales de los extranjeros, y en particular a los derechos sociales. La nacionalidad puede ser un criterio legítimo de distinción de trato pero no incondicionalmente, como ha dicho LOCHAK el hecho de ser extranjero puede en ciertos casos justificar la diferencia de trato con los nacionales, pero en otras materias el tratamiento desigual supondría una discriminación ilícita, como sería el caso de una ley que restringiera sin motivo legítimo el ejercicio de una libertad fundamental p.ej. de circular, a la seguridad, o a la intimidad (LOCHAK, D. "Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites?", cit. pág. 78).

⁶⁵ Cfr. "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración", cit. pág. 10.

⁶⁶ Cfr. TCHEN, V. "Le droit des étrangers", cit., pág. 74 y ss.; BALLESTRERO, M.V. "Lavoro subordinato e discriminazione dondata sulla cittadinanza", DLRI, 1994, pág. 490 y ss.

⁶⁷ STJCE de 31 de enero de 1991, Kziber, asunto 18/90, rep. 1991, pág. 199 y ss. Sin embargo, el efecto directo, destaca que el art. 40 del Acuerdo

De la jurisprudencia comunitaria cabe deducir, sin embargo, que para el Tribunal el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad no tiene el mismo alcance cuando se refiere a los ciudadanos comunitarios que cuando se refiere a los ciudadanos de terceros países, para los que el alcance del principio estaría sujeto a lo que se determinara en el propio acuerdo en cuestión. Este planteamiento parte de un enfoque "comunitario" que no se corresponde totalmente con el nuevo enfoque "nacional", influido por la normativa internacional tendente a asegurar una efectiva igualdad de trato de los extranjeros con los trabajadores nacionales en cuanto a las condiciones de trabajo.

Sin embargo, el nuevo diseño de la política comunitaria de inmigración centrado en el trato justo de los nacionales de terceros países para favorecer su integración, habrá de tener en cuenta una realidad evidente, que los inmigrantes son en su mayoría un grupo desfavorecido a los que afecta de forma desproporcionada la exclusión social y cuyas condiciones son desventajosas. Por ello se ha afirmado que "una política de inmigración de la UE deberá incorporar medidas para garantizar que los inmigrantes se beneficien de condiciones de vida y de trabajo comparables a las de los nacionales del país de acogida". De modo que "el estatuto jurídico concedido a los nacionales de terceros países se basaría en el principio de proporcionar conjuntos de derechos y responsabilidades, sobre una base de igualdad con los nacionales⁶⁸.

En el plano de las condiciones de trabajo y para promover la integración social de los inmigrantes se acepta el criterio de "la igualdad respecto a las condiciones de trabajo"⁶⁹, lo que permite prever la adopción de medidas comunitarias tendentes a evitar discriminaciones "en la práctica" también de origen empresarial, asegurando la igualdad de trato en las condiciones salariales y de trabajo. La nueva redacción del art. 137 Tratado CE puede permitir también que en el apoyo y complemento comunitario de la acción de los Estados miembros en materia de condiciones salariales y de trabajo de los nacionales de terceros países se postule la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de condiciones de empleo.

con el Reino de Marruecos no puede interpretarse con el alcance del Reglamento 1612/68, al no ser el mismo que el objetivo del Tratado, asegurar la libre circulación, que el del acuerdo, destinado a mejorar las relaciones existentes.

⁶⁸ "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración", cit. pág. 21.

⁶⁹ reforzando "las políticas destinadas a luchar contra el trabajo ilegal y la explotación económica de los emigrantes", garantizando "la igualdad de salarios y condiciones de trabajo" y logrando que los empresarios "cumplan la legislación laboral existente respecto a los nacionales de terceros países" ("Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración", cit. pág. 15 y 21).

6. LA IGUALDAD DE TRATO DE LOS INMIGRANTES EXTRANJEROS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Los sistemas nacionales de Seguridad Social se han resistido a reconocer a los extranjeros una plena protección por el sistema nacional de Seguridad Social, o a condicionar el acceso a la condición de reciprocidad, criterio que ha estado en la base de los tratados bilaterales en los que los Estados parte perseguían la protección de sus nacionales⁷⁰. Sin embargo, en los sistemas de Seguridad Social de base profesional y contributiva conectada a la condición de trabajador los trabajadores migrantes se han incluido en el sistema como consecuencia del sometimiento de su contrato de trabajo a la ley interna, aplicándose extensivamente a la legislación de la Seguridad Social la regla de la *lex loci laboris*⁷¹, al margen de la nacionalidad del "asegurado" social⁷².

La protección social del inmigrante no plantea así problemas en principio, cuando coinciden la ley de afiliación (y cotización) y la ley de protección⁷³, pero sí en los casos de salida del país por la posible no exportabilidad de las prestaciones o de no coincidencia del momento y lugar de trabajo y afiliación y el momento y lugar en que se tiene derecho a la prestación o por no ser el

⁷⁰ Cfr. VOIRIN, M. "La sécurité sociale des migrants et les droits de l'homme, R.T.D.E., 1968 pág. 721 y ss.

⁷¹ Que evita que el trabajador extranjero no esté sujeto a ninguna legislación de Seguridad Social o que pueda estarlo al mismo tiempo a legislaciones de diferentes Estados y que "atiende (en los sistemas profesionalistas) los intereses más cercanos de los individuos y sobre todo a los contenidos habituales de las legislaciones de Seguridad Social que incluyen en sus sistemas a todos los que están trabajando en su territorio" (GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "Aspectos internacionales de la Seguridad Social", Madrid 1991, pág. 108 y ss.).

⁷² Ello supone una colisión con la regla de reserva a los nacionales de la protección social y la exigencia de reciprocidad para su apertura a los extranjeros. Como afirma ALVAREZ CORTÉS los Estados definen de forma soberana el campo de aplicación de sus leyes de Seguridad Social, pero por regla general, el criterio mantenido para determinar la legislación aplicable es el lugar en el que se realiza la actividad profesional, la "*lex loci laboris*", debido al carácter de normas de derecho público de las de Seguridad Social y al carácter predominantemente contributivo del sistema ("La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario", Tesis Doctoral, 2000, pág. 75 y ss.).

⁷³ Sobre las razones que han llevado a la aceptación general del principio de territorialidad, vid. NAVARRO GALLEL, C. "El trabajo de los extranjeros en España", en "La inmigración", cit., pág. 411. Esta regla no impide, sin embargo que puedan plantearse eventuales conflictos de leyes porque los derechos de Seguridad Social se proyectan en el tiempo y afectan a prestaciones futuras que puedan devengarse en un momento en el que el trabajador extranjero deja el país. Por ello, para asegurar la protección social del migrante, esa regla de la territorialidad de Seguridad Social debe ser completada a veces por otras reglas, en las que la nacionalidad del trabajador o el posterior lugar de resi-

mismo el causante y el beneficiario. El llamado Derecho internacional de la Seguridad Social ha venido a resolver este tipo de problemas dando lugar a una serie de acuerdos bilaterales y multilaterales, universales o regionales en materia de Seguridad Social⁷⁴.

Del conjunto de instrumentos internacionales cabe deducir una serie de principios comunes tendentes a asegurar, por un lado, que los inmigrantes que se encuentren en un país se beneficien en igualdad con los nacionales de los derechos de Seguridad Social al menos en los sistemas de Seguridad Social profesionales y contributivos y, por otro, que conserven los derechos adquiridos y en curso de adquisición una vez que abandonan el país así como que puedan exportar las prestaciones correspondientes⁷⁵.

Ello está suponiendo, en aplicación también del criterio de territorialidad, la sujeción del trabajador migrante a la Seguridad Social en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales y el correspondiente derecho al acceso a las prestaciones lo que redundará también en provecho de los propios nacionales, al evitar un ahorro en cargas sociales para los empresarios, que operaría en el mercado de trabajo en perjuicio de los trabajadores nacionales.

El Derecho comunitario no contiene ninguna previsión al respecto. Excluye del complejo sistema de coordinación establecido por el Reglamento 1407/71 a los trabajadores de terceros países, y no se ocupa de los problemas de protección social de estas personas, dejando la cuestión a la normativa nacional e internacional correspondiente⁷⁶. Sin embargo en diversos acuerdos de asociación y cooperación estipulados por la Comunidad se ha hecho extensión total o parcial de este sistema y en particular de la aplicación del principio de igualdad de trato, así ocurre con los trabajadores nacionales de Estados a los que afecta el Acuerdo sobre el espacio económico europeo, pero también

⁷⁴ Tendentes a "evitar la discriminación entre nacionales y extranjeros, suprimir la seguridad de qué norma de la Seguridad Social habría de aplicarse a un supuesto concreto, conservar los derechos adquiridos y en curso de adquisición, y permitir la exportación de las prestaciones de un país a otro, proteger a las personas a cargo de un asegurado que no le acompaña a otro país, y posibilitar el cobro de las prestaciones en el extranjero" (ALVAREZ CORTÉS, J.C. "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito comunitario", cit. pág. 19).

⁷⁵ Los convenios de la OIT para la protección de los trabajadores migrantes también han velado por asegurar estos principios. El art. 6.1 b) del Convenio sobre trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio un trato no menos favorable que el que se aplica a los propios nacionales en relación con la Seguridad Social a reserva de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición y disposiciones especiales sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos y sobre las asignaciones pagadas a personas que no reúnan las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal.

⁷⁶ Cfr. GONZALEZ-SANCHO, "La Seguridad Social de los migrantes no comunitarios que trabajan en la C.E.", RISS, 1993, pág. 155.

resulta de algunos de Asociación por ejemplo con Turquía⁷⁷, que han sido interpretados extensivamente por el TJCE para garantizar protección social a inmigrantes por definición no comunitarios⁷⁸.

Para el Tribunal comunitario la regla de paridad de trato impone una obligación de resultado preciso y por su misma naturaleza puede ser hecha valer por un administrado ante la autoridad judicial nacional para que ésta no aplique las disposiciones discriminatorias de una normativa de un Estado miembro que sujete la condición de un derecho a una condición no impuesta frente a los ciudadanos nacionales, sin que resulte necesario a tal fin adoptar medidas de aplicación adicionales, al tratarse de un principio de asimilación a los ciudadanos nacionales de Estados miembros que opera a través de la prohibición de cual sea discriminación basada sobre la nacionalidad. Aunque ello no permite desconocer el carácter de excepción que supone ese principio de asimilación⁷⁹, tanto en cuanto que se aplique sólo en el ámbito *ratione personae* del acuerdo o decisión, como que no se aplica en el caso de que los acuerdos no lo hayan previsto de forma expresa.

La insatisfacción resultante de este límite subjetivo del principio de no discriminación y la insuficiencia de ese principio en relación con la problemática de la coordinación de los sistemas nacionales está en la base de la reciente propuesta de la Comisión de ampliar el vigente sistema comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o ajena, asegurados sociales en un Estado miembro y que sean nacionales de terceros países⁸⁰. Si esta propuesta sigue un curso positivo, con ella se reme-

⁷⁷ También el art. 41.1 del Acuerdo con Marruecos, al que el Tribunal de Justicia ha reconocido efecto directo, afirmando que establece en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición de discriminar, por razón de nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad marroquí y a los miembros de su familia que residan con ellos en el sector de la Seguridad Social (STJCE 31 de enero de 1991, Kziber, cit.). La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, ha afirmado que el citado art. 41 del Acuerdo con Marruecos va más allá de la asimilación con los trabajadores nacionales y establece un principio de equiparación, de modo que el trabajador marroquí "debe ser tratado como un nacional del Estado donde esté empleado a efectos de Seguridad Social", siempre que mantengan esa condición.

⁷⁸ La STJCE 4 de mayo de 1999 (Sürül, causa C-262/96) ha reiterado el no efecto directo en los meros aspectos de coordinación de la Decisión 3/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, pero sí del art. 3.1 en cuanto establece el principio de no discriminación para poder beneficiarse en el Estado miembro de residencia y con base en la sola normativa de tal Estado de una prestación social en las mismas condiciones previstas para los ciudadanos del Estado y miembros de acogida, porque se trata de una disposición clara, precisa y taxativa que prohíbe operar discriminaciones a causa de la nacionalidad en perjuicio de las personas residentes en el territorio de uno de los Estados miembros a los que se aplican las disposiciones de la Decisión 3/80.

⁷⁹ Vid. GIUBBIONIS, "Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione Europea", DLRI, 77, 1998, pág. 105 y ss.

⁸⁰ COM (97) 561 final, 12 noviembre 1997. Además ha elaborado una propuesta de

diarán los problemas actuales en materia de Seguridad Social de los inmigrantes extracomunitarios y de sus familias.

7. LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES EXTRACOMUNITARIOS

La extensión a los inmigrantes de derechos laborales y sociales comunes a todos los ciudadanos aunque es un elemento fundamental para facilitar la integración social de los inmigrantes puede ser sólo formal y no la asegura dada la real situación de desventaja de partida en que se encuentran la mayor parte de los inmigrantes extracomunitarios⁸¹. La formulación y puesta en práctica de la política migratoria ha de tener en cuenta esa situación de marginación y desventaja social, económica y cultural, adoptando medidas positivas a favor de los inmigrantes⁸², también para favorecer la plena integración social de aquellos inmigrantes que pretenden instalarse permanentemente en un país comunitario⁸³.

Se ha de buscar un adecuado equilibrio entre las políticas y estrategias de igualdad de inspiradas en el universalismo de los derechos sociales y económicos y las políticas de integración socioeconómica de los emigrantes que tomen en cuenta la especial situación de necesidad en que se encuentran los inmigrantes y sus familias. A tal respecto desde la OIT se han propugnado medidas específicas para asegurar la igualdad de oportunidades y de trato en el mercado de trabajo y facilitar a los inmigrantes el acceso a los servicios públicos sociales, educativos, de formación profesional sanitarios y culturales

de los nacionales de terceros países que trabajan en la U.E. (COM (98) 394 de 22 julio 1997. Estas importantes propuestas, que mejorarían sensiblemente la protección social de los inmigrantes "siguen pendientes en el Consejo" (Comunicación de la Comisión sobre una política comunitaria de migración", cit., pág. 10).

⁸¹ Y el hecho de que con frecuencia tengan sólo acceso a trabajos que los nacionales rechazan, menos cualificados, más penosos y peligrosos, menos reconocidos y peor retribuidos, con menor posibilidad promoción y de acceso a la formación. También en Europa los inmigrantes constituyen en muchos casos una reserva de mano de obra, pues "son contratados cuando falta mano de obra y despedidos cuando la situación de empleo empeora" (OIT, "Trabajadores migrantes", cit. pág. 157 y 158) con formas generalizadas de subempleo.

⁸² Según DAUBLER, "Las dificultades lingüísticas, una menor cualificación previa y las diferencias de mentalidad pueden dar lugar que en muchos aspectos sean objeto de una discriminación real respecto a los trabajadores nacionales, de modo que para compensarles y lograr una asimilación material sería preciso favorecer de algún modo al extranjero en el aspecto jurídico" ("Derecho del Trabajo", Madrid, 1994, pág. 837).

⁸³ Lo que ha dado lugar propuestas de la Comisión relativas "a la situación de los nacionales de terceros países que son residentes a largo plazo" que "incluirán los derechos que deben concederse, las condiciones para la pérdida del estatuto, la protección contra la expulsión y el derecho a residir en otro Estado miembro" ("Comunicación de la Comisión... sobre una política comunitaria de migración", cit. pág. 10).

servicios y ayudas públicas en favor de los emigrantes⁸⁴, con el fin de reducir la discriminación que sufren “en la práctica” y de promover la igualdad efectiva en el trabajo y en las condiciones de vida personales y familiares⁸⁵.

Todos los países comunitarios tienen dificultades con sus inmigrantes. Ello hace más necesario el diseño de una política comunitaria de inmigración que asegure el “trato justo” de los nacionales de terceros países, inserte “el problema de los trabajadores migrantes en el debate sobre el desarrollo de la política económica y social de la UE”⁸⁶ e incorpore medidas para favorecer que los inmigrantes se beneficien efectivamente de condiciones de vida y de trabajo comparables a las de los nacionales, promoviendo “paquetes de integración” adoptados a las necesidades específicas de los inmigrantes en materia de formación lingüística, información y acceso a servicios, con especial atención a las necesidades de la mujer y niños migrantes, tarea la que los Gobiernos deben compartir con la sociedad civil⁸⁷.

⁸⁴ A esta línea responde Convenio de la OIT núm. 143, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. En su Parte II el Convenio diseña la formulación y aplicación de una política nacional destinada a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, protección social, libertades y derechos para las migrantes y sus familias que se encuentren legalmente en el territorio. Como medidas concretas el Convenio se refiere, entre otras, a programas educativos, a ayudas para conocer y defender sus derechos, a elaborar una política social adaptada a sus condiciones y necesidades particulares hasta que puedan adaptarse al país de empleo, estímulos a sus esfuerzos para conservar su identidad nacional y facilitar la reagrupación familiar. El problema del convenio 143 es que el número de ratificaciones es muy escaso, 18, y, además, de esos Estados la mayor parte de ellos no forman parte de la Unión Europea. Tan sólo Italia y Portugal. Una posible vía para la mejora de la situación de los inmigrantes extracomunitarios sería precisamente promover la ratificación del Convenio por los Estados de la Unión Europea.

⁸⁵ Entre el catálogo de medidas diseñadas por la Organización Internacional del Trabajo para promover la igualdad de los inmigrantes se incluyen “iniciativas organizacionales” de carácter voluntario, planes de igualdad de oportunidades, objetivos de igualdad en el empleo, medidas para mejorar la calificación, eliminar barreras arbitrarias, acomodación al empleo, etc., y acciones colectivas de sindicatos, organizaciones empresariales y organizaciones no gubernamentales, así como medidas legales de carácter, civil, laboral y procesal, regulaciones prácticas y medidas administrativas e asesoramiento técnico, formación, incentivos, acción afirmativa y positiva, códigos de prácticas, etc., acciones educativas de sensibilización a los líderes políticos y a los medios de comunicación y campañas de educación, etc.. Vid. TARAN, P.A., “Approaches to promote equality: a compendium of measures”. ILO, Ginebra, 2000.

⁸⁶ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración”, cit. pág. 15.

⁸⁷ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración”, cit. pág. 21. Vid. un análisis más detallado de “la política social europea en materia de inmigración”, y en particular de la decisión del Consejo de 27 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitario de lucha contra la discriminación para el período 2001-2006, ROJO TORRECILLA, E. “Trabajo y emigración: ¿Viejas respuestas frente a nuevas realidades?”, cit., pág. 273 y ss.

El diseño de una nueva política comunitaria de inmigración ha conectado la lucha contra la inmigración ilegal y la “formulación de objetivos comúnmente acordados sobre vías de inmigración legal”⁸⁸. Se tiene en cuenta así que uno de los factores que originan la inmigración fuera de los cauces legales son las condiciones excesivamente rigurosas que se establecen para la obtención de la autorización de residencia y el permiso de trabajo, y que arrojan a muchos inmigrantes a una situación de irregularidad. De ahí que el acceso a la regularización sea un problema fundamental en el tratamiento de la inmigración ilegal.

La Comisión propone un nuevo enfoque de la inmigración más flexible, más abierto y más transparente, con mayor apertura a la admisión de inmigrantes, y con un enfoque más realista y más sensible a las necesidades afectivas del mercado de trabajo, y está animando a los Estados a poner “a disposición de los trabajadores inmigrantes vías para la inmigración legal a la Unión”⁸⁹. Ello podría evitar muchos de los supuestos actuales de inmigración irregular, pero no evitará la existencia de inmigrantes extracomunitarios en situación irregular, que en parte se debe al aumento del desempleo, de la pobreza y de las desigualdades en los países de origen de los inmigrantes, de modo que la inmigración “es muchas veces el resultado natural de la búsqueda de un empleo y de una vida mejor”, y por ello “un fenómeno económico natural que continuará en tanto que las razones precedentemente invocadas persistan”⁹⁰.

El tratamiento del problema de la inmigración irregular no es fácil⁹¹ y ocupa hoy el centro de atención de las instituciones internacionales y comunitarias que tratan de favorecer la efectividad de las medidas de control y lucha contra la inmigración ilegal, sin dejar de contemplar la situación explotación que sufren los inmigrantes en situación irregular y clandestina, particularmente

⁸⁸ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de emigración”, cit. pág. 4.

⁸⁹ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración”, cit. pág. 3. La Comisión se refiere a un marco para la formulación de objetivos acordados en común sobre vías de inmigración legal, con ello se está refiriendo, en un cierto sentido autocrítico, a la decisiva rigidez y falta de realismo de las políticas migratorias existentes que no toman suficientemente en cuenta, y con la necesaria inmediatez y flexibilidad, las necesidades reales de los sistemas económicos, y ello también mediante la apertura de vías para la inmigración para cubrir necesidades urgentes de trabajadores cualificados y no cualificados, con una política más abierta y transparente sobre los movimientos migratorios en un enfoque basado en la valoración común del desarrollo económico y demográfico de la Unión, la situación de los países de origen y la capacidad de acogida (ibidem pág. 12 y ss.).

⁹⁰ OIT, “Trabajadores migrantes”, pág. 271.

⁹¹ Según la Comisión de Expertos de la OIT, “la protección de los trabajadores migrantes, la lucha contra la migración clandestina y el empleo ilegal, en un marco que garantice al mismo tiempo los derechos humanos, no es fácil en la práctica” (OIT, “Trabajadores migrantes”, cit. pág. 155).

expuestos a la explotación y su imposibilidad de defenderse intereses frente a quienes les explotan y abusan de ellos. La normativa internacional de derechos humanos está contribuyendo a que el estatuto jurídico de los inmigrantes irregulares vaya mejorando progresivamente en los distintos países, también en lo que se refiere a la protección en las relaciones laborales y en asegurarles suficientes garantías legales⁹².

La práctica comparada demuestra que es difícil lograr la eliminación de la inmigración ilegal si no se evita que la situación de desprotección del inmigrante ilegal se constituya en motivo frecuente para la contratación abusiva de esos trabajadores y que resulte rentable al empresario la contratación del inmigrante ilegal por el menor coste y mayor precariedad que siguen siendo la razón fundamental del empleo de inmigrantes irregulares⁹³. La lucha contra la inmigración ilegal no puede dejar así fuera de consideración la lucha contra la explotación económica de los inmigrantes en situación irregular⁹⁴, ni resolverse con un mero enfoque represivo de medidas de policía acentuando el rigor de los mecanismos de control y de represión, en buena parte inefectivos⁹⁵, es necesario también reaccionar contra la mayor explotación y los abusos que sufren los inmigrantes ilegales y frente a las actividades organizadas de tráfico de mano de obra.

La consideración del inmigrante irregular como víctima, que ha de ser protegido también frente a condiciones abusivas de trabajo es un medio importante, junto a las sanciones a empresarios desaprensivos, para impedir que siga siendo rentable la contratación ilegal de migrantes irregulares, dejando de considerar el problema contractual desde una perspectiva de protección del

⁹² Sobre el tema más ampliamente, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y B-F, M. "El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", Ponencia XII Congreso Asociación Española Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001.

⁹³ STALKER, P. "Workers without frontiers", OIT, Ginebra, 2000, pág. 233.

⁹⁴, y ello no sólo por razones humanitarias sino también por razones estrictas de política económica de evitación de competencia ilegal entre empresarios. La relación entre inmigración y en particular entre inmigración ilegal y economía sumergida es un hecho que explica en buena parte la dimensión creciente de la inmigración irregular. Se ha dicho que el mundo sumergido del trabajo irregular puede ser considerado el ámbito por excelencia en que los inmigrantes respondan de modo paradójicamente eficaz a las exigencias generadas por las transformaciones de los sistemas productivos. Se habla incluso de las razones para la persistencia de un mercado de trabajo dual de demanda para empleo "dirty, dangerous, and difficult" escasamente pagado para los inmigrantes y en particular para inmigrantes en situación ilegal. Cfr. CARUSO, B. "Las políticas de inmigración en Italia y Europa", pág. 241.

⁹⁵ Como dijo hace años ALONSO OLEA de la emigración, la inmigración "sigue desbordando los obstáculos que se quieran poner a su corriente, salvo que se adopten medidas draconianas, contrarias a la libertad y a la dignidad humanas, y a la largo, posiblemente, también ineficaces, tras el sufrimiento y la violencia que dominará durante el período más o menos largo en que tuvieran eficacia" en Prólogo a SERRANO CARVAJAL, J. "La emigración española y su régimen jurídico", Madrid, 1966, pág. X.

orden público económico. Para ello resultará necesario replantear el problema de la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, ya no entre nacionales y extracomunitarios, entre extracomunitarios regularizados y extracomunitarios en situación irregular, superando la regla de que los trabajadores extracomunitarios en situación irregular no tengan reconocido derechos laborales ni puedan invocar el principio de igualdad de trato.

El nuevo enfoque de la política migratoria sugerido desde la Comisión acepta un tratamiento de la inmigración ilegal que no se reduce a acentuar las medidas de control y la cooperación judicial y policial, sino que incluye también considerar las razones que causan la inmigración, el favorecer la movilidad y el posible retorno voluntario. En lo que aquí interesa, pues ello no dejará de afectar a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, considera que para la lucha contra la inmigración ilegal se debe tratar de garantizar "la aplicación de la legislación laboral respecto a los nacionales de los terceros países"⁹⁶.

⁹⁶ "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitario de inmigración", cit. pág. 24.