





MIGRACIONES Y SU
TRANSVERSALIDAD
Análisis interdisciplinar

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

© Editorial Alderabán, 2018
Apartado de correos 292, CUENCA
Tel. 969 227 266 - Fax: 969 227 271
I.S.B.N. 978-84-16373-22-2
Depósito legal: CU-135-2018
Preimpresión: JMPG
jmpg731@gmail.com

Imprime: Gráficas de Diego

Impreso en España - Printed in Spain

IL TRAS

Instituto Latinoamericano
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social



MIGRACIONES Y SU TRANSVERSALIDAD

Análisis interdisciplinar



Instituto Latinoamericano
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social



“No es, sin más ni más, la tierra quien hace al hombre, sino el hombre quien elige su tierra, es decir, su paisaje, aquel pedazo de planeta donde encuentra simbólicamente preformado su ideal o proyecto de vida. Se olvida que el hombre es un animal trashumante, que hay en él siempre una potencia migratoria.”

Ortega, el Americano*

De su libro: El tema de nuestro tiempo, ed. Revista de Occidente en Alianza Editorial, cuarta reimpresión, 2006, p. 65.



AGRADECIMIENTOS

Este libro ha sido posible gracias a las contribuciones de:
Universidad de Alcala de Henares
Organizacion Iberoamericana de Seguridad Social Oiss
Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social Iltras
International Labour and Employment Relations Association Ilera
Escuela de Administracion y Finanzas Eafit
Fundacion Universitaria Politécnico Grancolombiano
Universidad la Gran Colombia Ugc



PRÓLOGO

DRA. GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN

Secretaria General de la OISS

Con la realización del V Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, cuyo tema central fue la Migración y su Transversalidad, quedaron plasmados los diversos enfoques de este fenómeno y su incidencia en otras disciplinas del conocimiento, esto en el contexto heterogéneo y global actual en el que la relevancia sustancial del tema radica en su interdisciplinariedad, transversalidad y multiculturalidad.

Con la puesta en marcha de la Agenda 2030 que comprende la consecución de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que tienen como propósito reducir la pobreza y asegurar el desarrollo sostenible “Sin dejar a nadie atrás”, la migración ha venido a tomar un papel importante en las políticas de desarrollo mundial lo cual hace necesario el análisis de este fenómeno migratorio desde diversas perspectivas.

La migración laboral entendida como el movimiento de personas de un país a otro con el propósito de trabajar y obtener un mayor bienestar, es considerada dentro de los ODS de gran pertinencia para el desarrollo de los países y a su vez es reconocida como una realidad pluridimensional que realiza aportes positivos al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible.

En general el fenómeno migratorio requiere de un análisis transversal, sin embargo, dentro de los ODS lo encontramos de manera clara en dos objetivos, el ODS 8 sobre trabajo decente y crecimiento económico (Meta 8.8) con el que se propende por la protección de los derechos laborales y la promoción de un entorno de trabajo seguro para todos, incluidos los migrantes, en especial las mujeres migrantes y las personas con trabajos precarios, y el ODS 10 para reducir la desigualdad entre los países (Meta 10.7) y facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.

En este mismo sentido, según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la proporción de trabajadores migrantes en el total de trabajadores es del 4,4% de la fuerza de trabajo mundial, de lo que el 33% corresponde a la tasa de participación de los migrantes internacionales, también destaca que hay más mujeres migrantes (67%) que no migrantes (50,8%), mientras que en el caso de los hombres migrantes y no migrantes los porcentajes son muy similares (78% - 77,2%), estas cifras denotan el necesario llamado a avanzar más en acciones reales y eficaces de protección y equidad para todos, con especial atención en las mujeres que se constituyen en el grupo más vulnerable¹.

En el caso de la seguridad social para los migrantes, es necesario coordinar las legislaciones para garantizar los derechos de los trabajadores ya que la migración es un proceso que tiene consecuencias para todos y afecta el bienestar económico y social de los países de origen, de tránsito y de destino, por tanto, es preciso propender por la implementación de políticas integrales que permitan acciones de protección de la población migrante.

En este contexto, el ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos contemplado en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las limitaciones a este derecho, requieren de la intervención de los Estados para que coordinen y regulen todos los aspectos del proceso migratorio laboral, que a su vez, hace necesaria la toma de medidas de protección mediante acciones nacionales y la cooperación

¹ Informe II. Estadísticas sobre trabajo, empleo y subutilización de la fuerza de trabajo: Informe para la discusión en la 19.^a Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (Ginebra, 2 a 11 de octubre de 2013).

internacional con el propósito de garantizar el derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 22 de la misma declaración.

En este contexto el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social en el que la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) ejerce la Secretaría Técnica, se constituye en una experiencia pionera en la garantía de los derechos de los trabajadores migrantes iberoamericanos y sus familias a obtener una pensión contributiva de vejez, invalidez o supervivencia, los accidentes de trabajo y la incapacidad permanente en un espacio común, teniendo uno de los pilares del éxito de este convenio haber logrado un acuerdo en seguridad social sin que la existencia previa de una asociación política y jurídica que facilite su implementación, lo cual lo constituye en una experiencia exitosa de buena gobernanza aplicada con criterios de flexibilización y armonización.



PRÓLOGO

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla

Hacer un prólogo para un libro —que reproduce un exitoso Congreso— sobre Migraciones y su transversalidad no resulta fácil para un especialista en Derecho del Trabajo, aunque pueda parecer todo lo contrario. No ya solo porque el tema es polimorfo, ni tampoco a causa de la mencionada transversalidad que permite entrar en el debate a especialistas de muy diversas materias, sino sobre todo porque el Derecho del Trabajo entra propiamente en acción a partir del contrato de trabajo, cuando un trabajador cierra un acuerdo para trabajar con un empresario, y en el caso de las migraciones tan significado acto jurídico adviene por lo común cuando el emigrante ha tomado tierra y han transcurrido algunos días o semanas, en el mejor de los casos.

Cierto es que son numerosos los casos en que una gran empresa o una asociación de empresarios necesita de mano de obra y la busca en un país vecino: así por ejemplo, en las temporadas de recolección los empresarios o sus asociaciones de cultivos cuya recolección es rápida, envían lo que podríamos llamar agentes contratistas a los países de donde proviene la mayor parte de los emigrantes y contratan ab origine a los que necesita. Tal es el caso, por ejemplo, de las plantaciones de fresa o de “cultivos de primor” en Andalucía, que llegan hasta a contratar personal

no solo en Marruecos, sino incluso en Filipinas, fletando aviones para que puedan llegar sin problemas en las fechas oportunas. He conocido también casos en Medio Oriente, donde los grandes contratistas de, por ejemplo, la construcción en Dubai, contratan en Paquistán o la India a la mano de obra para ejecutar sus megaconstrucciones. Toda una fenomenología de esa relación de cuasi servidumbre tiene lugar a lo largo de los meses o quizá años que dura el contrato, pues verbigracia los “freseros” de Huelva contratan solo a mujeres con hijos, porque ellas terminarán la recolección en el día ad quem previsto, mientras que los hombres son más volátiles y pueden dejar la faena cuando se cansan o aburren; o los contratistas de Dubai de ordinario retendrán el pasaporte a los trabajadores paquistaníes para que no abandonen, y los recluirán en barracones de los que puntualmente los sacará una flota de autobuses para llevarlos al, y traerlos del, lugar de trabajo. Y como un uso común, el obrero emigrante enviará mensualmente una parte de su soldada a la familia que ha quedado en el país de origen para que pueda sobrevivir, mientras él se priva también de una parte de su vida y mantiene unas costumbres austeras. Solidaridad de la cual hay trazas muy antiguas, como se ve en un contrato celebrado en 1645 en la herrería de Montabaur, Renania, entre el empresario Jean Mariotte y dos herreros de forja, André y Guillame Grogart, en el cual se pactaba detraer una parte de la retribución para enviarla a las respectivas familias, residentes en la Valonia francófona¹. En otros casos no son los empresarios de país de acogida quienes toman la iniciativa, sino las autoridades públicas del país de origen las que deciden organizar trenes de emigrantes debidamente asistidos, como los que en la década de 1960 partían de España en dirección a Alemania y otros países industrializados con un equipo que consistía en un médico, un capellán y un inspector de trabajo².

Pero esas migraciones organizadas constituyen una parte menor del gran fenómeno de la emigración, a la cual podríamos contraponer la habitualidad del emigrante que reúne sus ahorros, levanta su casa en la ciudad que le ha visto nacer y viaja con su familia y algunos enseres hacia otra patria desconocida, en donde él mismo o con el auxilio de amigos o parientes

¹ Para más detalles, cfr. mi libro *Las cien almas del contrato de trabajo*, Thomson Reuters 2017, pp. 467-468. a

² Ley de Ordenación de la Emigración, texto articulado de 3 de mayo de 1962, art. 46.

que llegaron antes tratará de encontrar una empresa y firmar —por decir algo— un contrato de trabajo. El laboralista, pues, no suele prestar excesivo estudio a este fenómeno de aproximación entre las partes del contrato, como tampoco lo dedica en aún hoy a los aspectos internacionales o a las políticas de empleo, salvo sean las honrosas excepciones: hay mucho que analizar y discutir sobre los requisitos contractuales, las condiciones de trabajo, las vicisitudes de la relación, los sujetos colectivos y sus instrumentos.

Y pese a ello, o quizá por ello, debemos alegrarnos de la feliz idea de la profesora Monsalve Cuéllar de organizar un V Congreso Iberoamericano y Europeo en torno al tema, porque la composición internacional de quienes participan en él nos permite arrojar mucha luz al respecto, y porque nos hallamos en un difícil momento en el que las fórmulas clásicas de la emigración y el propio Derecho del Trabajo se diluyen en un continuum de figuras vaporosas cuya delimitación resulta imprescindible porque responden nada menos que a la globalización y a la Revolución Industrial 4.0. Las grandes migraciones que convergen hacia Europa con motivo de las convulsiones bélicas del próximo Oriente y del Norte de África se solapan actualmente con nuevas formas de emigración y nuevos modos de enfocar el problema, además de una nueva actitud de algunos organismos internacionales. El laboralista habitual se encuentra con una masa de estudios importantes en este libro que, si en principio le hacen fruncir el ceño, por último le dan una alegría porque abren su vista a aspectos realmente conectados con el núcleo duro del Derecho del Trabajo, y con una importancia cada vez mayor: ya hemos asumido el cambio subrepticio de denominación de los Ministerios gubernamentales antes llamados “de Trabajo y Seguridad Social” a esa otra denominación “de Empleo y Asuntos Sociales”, pero no advertimos hasta qué punto apunta la evolución hacia una pérdida de importancia de los contenidos estrictamente laborales, que se dejan cada vez más a las partes, cuando no al empresario, para ampliar el espacio de la periferia, de ese mercado de trabajo en donde se halla el fenómeno migratorio.

1. Una cierta parte de los estudios del presente libro se centran directamente en la legislación sobre migraciones, y no en un determinado fenómeno migratorio cuya regulación normativa viene al caso. En este sentido, la Ley de Emprendedores y su Internalización 14/2013 española reclama la atención de algunos autores mediante títulos llamativos, como el de

Roldán³, Fernández Collados⁴, Maldonado Montoya⁵, e incluso González Rabanal⁶.

2. El núcleo central de los estudios versa sobre las diversas formas de emigración, si bien de manera aislada pero que nos permite construir una clasificación de modalidades como sigue a continuación:

- a) Al *emigrante* típico, es decir, a la persona que solo o con su familia se traslada a otro país con el objeto de hallar un trabajo *permanente* y mediante él residir con estabilidad allí, dedican su espacio autores de la significación de Monsalve Cuéllar, al hilo de los Acuerdos y Recomendaciones de la OIT sobre migraciones⁷, bien que la cuestión enlace con otro importante tema, el de la normativa internacional y sus avances en la materia. Con una visión más crítica, Triguero Martínez plantea los puntos de debate sobre la legislación migratoria española⁸.

- b) Técnicamente distintos de los migrantes, el *desplazado* es un trabajador que marcha por cuenta de su empresa a otro país para realizar un trabajo, al término del cual retorna, bien sea tras una estancia de algunos días o de algunos meses o años. En la Unión Europea la figura del desplazado merece una gran atención a partir de dos oleadas importantes que se marcaron por avances en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, primero con la sentencia Rush Portuguesa de 1990 en torno a los derechos *partidos* de los trabajadores del sur, y luego con las sentencias de la

³ ROLDÁN MARTÍNEZ A., Universidad Europea de Madrid, “El nuevo modelo español de movilidad internacional y el impulso a la competitividad”.

⁴ FERNÁNDEZ COLLADOS B., Universidad de Murcia, “El acceso al trabajo de los extranjeros en España durante la crisis y la especial consideración en la Ley de Emprendedores a un nuevo tipo de inmigración”.

⁵ MALDONADO MONTOYA J.P., CEU San Pablo, Madrid, “Inmigrantes de interés económico”.

⁶ GONZÁLEZ RABANAL M.C., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, “¿A quiénes benefician las migraciones?”.

⁷ MONSALVE CUÉLLAR M., Universidad de Granelombia, Bogotá, “Trabajo y migraciones”.

⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ L.A., Universidad de Granada, “Controversias de la regulación jurídico-política de la actual emigración laboral española”.

segunda parte de los 2000 Laval, Rüffert y otras, cuando la incorporación de una decena de países del este europeo a la Unión permitió competir en condiciones ventajosas a sus empresas en las subastas de obra pública de Alemania, Suecia y otros países occidentales y ganarlas holgadamente en base a los menores salarios de sus trabajadores.

En una expresión tan específica que, en principio, merecen una diferenciación frente al desplazado, el trabajador *fronterizo* es persona que vive en un país y trabaja en otro, típicamente aledaño, como el español que todos los días cruza la frontera para trabajar en Gibraltar y retorna a su vivienda en España. A ellos dedica su brillante estudio De la Garza, con el fenómeno de la frontera entre México y EE.UU. ante vista, y con un nuevo término, el de “trabajador bidireccional”, de gran plasticidad⁹. No hay referencias en el libro de Congreso, salvo error u omisión, a un creciente tipo de trabajador bidireccional no fronterizo, o no especialmente fronterizo (ejecutivos, profesores de Universidad, técnicos cualificados, artistas o deportistas de élite), que gracias a los trenes de alta velocidad, los túneles transoceánicos o las líneas aéreas viajan habitualmente, por ejemplo, desde su vivienda en Bruselas a su trabajo en Londres merced a la línea férrea que cruza el túnel del canal de La Mancha, o desde su casa en París a impartir sus clases en Bruselas tres días a la semana merced a la línea férrea de alta velocidad, o en general que utiliza el avión para acudir a sus compromisos en la empresa, todo ello en medio de una gran disponibilidad en tiempo de trabajo y horarios, o con prestaciones intermitentes típicas.

- c) Los expatriados equivalen inicialmente a los desplazados intraeuropeos, pero fuera de Europa, aunque polarizados en torno a los ejecutivos o cargos altos y medios que trabajan para una empresa de su propio país en un país de otra región, digamos América Latina o Asia. Con el paso

⁹ DE LA GARZA COLEMAN A., Instituto de Postgrado de México, “La flexibilización laboral como detonante del cambio en los hábitos migratorios en México”.

del tiempo el expatriado ha pasado a ser el extranjero especialista o alto/medio cargo de cualquier empresa, ya sea autóctona o de otro país, con unos límites no bien establecidos, pues se trata de una figura anglosajona que paulatinamente se globaliza. Fernández Avilés estudia el tema, aun admitiendo que no se trata de un grupo predominante —los sobrepasan, por ejemplo, los retornados o “re-emigrados”—, y los clasifica mayoritariamente en grupos como los de emigrantes económicos y los de migrantes por sobrecalificación laboral relativa¹⁰. Por otro lado, es interesante el enfoque adoptado por Montoya Medina, hasta cierto punto inverso del anterior, sobre los extranjeros no comunitarios en España, que ni él califica ni podemos calificar como expatriados, sino como inmigrantes que carecen de autorización administrativa para residir y/o trabajar, o que sufren una ineptitud sobrevenida, con efectos sobre el posible despido, donde la habitual opción entre readmisión o indemnización no juega adecuadamente¹¹.

- d) Los *refugiados* no buscan principalmente trabajo en el nuevo país, sino escapar de una situación de guerra o persecución en el suyo propio, pero es claro que para sobrevivir en el país de acogida han de buscarse el sustento por el trabajo, una vez superado el período más o menos amplio de ayuda asistencial. A los efectos asistenciales del derecho de asilo dedica Mateos de Cabo su aportación al libro¹².
- e) Los migrantes *internos* no se consideran, al menos en Europa, como tales, sino como trasladados de una región a otra que pueden obtener unos efectos asistenciales y laborales determinados. En todos los países hay un “nor-

¹⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., Universidad de Granada, “¿Qué tutela jurídico-social para la ‘nueva’ emigración laboral española?”.

¹¹ MONTOYA MEDINA D., Universidad de Alicante, La protección jurídica frente al despido de los trabajadores extranjeros no comunitarios en el Ordenamiento jurídico español”.

¹² MATEOS DE CABO, O.I., Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, “La protección subsidiaria en el Derecho Internacional y la legislación española”.

te” próspero y un “sur” en desamparo, aunque a veces cambian las tornas y el más rico es el sur, como ocurre con Inglaterra o Baviera, o en Suecia. De cualquier modo el fenómeno adquiere a veces la importancia de una emigración, por más que no disfrute de la adecuada atención entre los especialistas. En el sentido amplio aludido con el apelativo de migraciones internas, empero, tenemos en el libro del Congreso la aportación de Escobar Pérez¹³, centrado en el desplazamiento forzado de grandes masas de población desde unas partes a otras del país a causa de la guerra interna que se prolonga desde decenios, y que causa profundas alteraciones en cotizaciones, altas y bajas, pensiones y otros aspectos de la Seguridad Social contributiva.

- f) No hay referencias en el libro a ese otro tipo de emigrante interior privilegiado, cada vez con mayor presencia social, que trabaja desde su casa para una empresa del extranjero, y que poco tiene que ver con el supuesto del emigrante interior acabado de ver, a menos que entendamos el concepto “interior” como recluso en su domicilio. Siendo fascinante el caso, hay sin embargo muy poco escrito, a pesar de que los efectos jurídicos de todo tipo puedan ser importantes. El choque de legislaciones en, por ejemplo, seguridad social, vacaciones, salarios etc., puede ser chirriante, pero ni siquiera hay estadísticas conocidas que nos puedan orientar.
3. La entrada en un país extranjero enfrenta al migrante en primer término con las oficinas de inmigración del Estado de acogida, aunque también con sus servicios asistenciales, que es el aspecto contemplado por el libro. Especialmente en los casos en que el trabajador llega al país sin empleo, o con solo promesa de empleo, compete al Estado y otros poderes públicos una función de integrar adecuadamente en la sociedad al nuevo miembro y de proveerle de los servicios fundamentales, y en los países de origen,

¹³ ESCOBAR PÉREZ B., Universidad Politécnica de Gancolombia, Bogotá, “La migración interna y su incidencia en la Seguridad Social de Colombia”.

la labor de asistir al emigrante en su aventura equinoccial. En tal sentido se mueven las aportaciones de Torres Brizuela sobre la Declaración de Nueva York en el seno de la ONU 2016 y la situación en Argentina, con el porcentaje más alto de población inmigrante en Latinoamérica, del 4,8%¹⁴. En parecido sentido, aunque más centrado en los derechos fundamentales, estudia Sánchez Castañeda la actuación pública en torno a los migrantes, tanto en las leyes internacionales —en especial los Convenios OIT— como en la Ley Federal del Trabajo mexicana de 2012, y su necesaria efectividad, que el autor centra en tres aspectos de tipo administrativo (informar, inspeccionar, asistir en el idioma), y varios principios enunciados por el Protocolo de Actuación de la Corte Suprema del país respecto a los migrantes¹⁵. Referido a las tareas de integración hacia los inmigrantes, el estudio de Roberta Nunin refleja una situación similar a la española, aunque desde la sombría perspectiva de la enorme inmigración ilegal que arriba a las costas italianas desde las cercanas playas de África¹⁶ y la peculiaridad de que su Constitución aluda a la “emigración de italianos”, cuando en la actualidad es un país de inmigración. Cierta interés reviste la experiencia de las *cuotas* y los *nulla osta*, en un intento de planificar y controlar los flujos de inmigrantes del Decreto Legislativo 286/1998, esfuerzo que nos recuerda a las limitaciones de excelencia implantadas en algunos países anglosajones y que, cuando adoptado por un país latino con semejante presión en sus costas como el italiano, se me antoja tarea hercúlea y hasta romántica. Con una preocupación similar, el análisis de Arenas Ramiro sobre migraciones y dignidad humana profundiza en los derechos fundamentales de esta importante masa de población¹⁷. Y con mayor amplitud en su perspectiva,

¹⁴ TORRES BRIZUELA J.A., Universidad Nacional de Chilecito, Argentina, “El Estado. Su rol protagónico en la generación de trabajo de los migrantes y su inserción en la sociedad”.

¹⁵ SÁNCHEZ CASTAÑEDA A., UNAM, México DF, “Trabajadores migrantes en México y la efectividad de los derechos laborales fundamentales”.

¹⁶ NUNIN R., Universidad de Trieste, “Inmigrantes, integración, trabajo. Algunas reflexiones desde la perspectiva italiana”.

¹⁷ ARENAS RAMIRO M., Universidad de Alcalá, “Migraciones, derechos y dignidad humana”.

Piedrahita Vargas analiza la legislación colombiana dedicada al tema.

4. En paralelo con las legislaciones de los Estados se encuentran las de los organismos internacionales, de los que el más involucrado con el problema no es la ONU ni la OIT, sino la Unión Europea bajo el prisma de la ciudadanía europea. Interesante en tal sentido es el estudio de Polo Sánchez sobre la posible crisis de la libertad de circulación de trabajadores, con referencia al problema específico de la Unión Europea con la salida del Reino Unido y las tendencias secesionistas de algunas de las regiones pertenecientes a Estados miembros. La autora hace un recorrido extenso de las diferentes normas europeas sobre libre circulación de trabajadores a partir del Reglamento 1612/1968 llegando hasta los Acuerdos de Schengen, y de las ampliaciones y restricciones habidos entre medias, como por ejemplo las ampliaciones hacia los familiares del inmigrante de otro Estado miembro y las medidas hacia inmigrantes de Estados no miembros, y se detiene *in extenso* en los movimientos de separación ocurridos actualmente, desde el de Reino Unido hasta el de Cataluña. Quizá hubiera merecido algún comentario en este contexto el acuerdo europeo sobre cupos estatales para el reparto de inmigrantes-refugiados que llegan por el este y el sur y que ha suscitado una resuelta oposición de algunos Estados miembros y la demora y parsimonia en su aplicación por algunos otros¹⁹. Pero si la UE ha mostrado más interés en aplicar políticas generales sobre las migraciones entre los Estados miembros, dictando sentencias muy importantes que condenaban a algunos de ellos, no por eso la OIT y la ONU han guardado silencio en sus declaraciones y normas, especialmente la primera. Ya he mencionado más arriba al análisis *lateral* de Monsalve Cuéllar sobre las Recomendaciones en materia de seguridad social, los Convenios 21 y 66 (revisado con el 97), sobre Inspección de

¹⁸ PIEDRAHITA VARGAS C., Universidad EAFIT, Colombia, “Migración laboral, una perspectiva jurídica: el caso de Colombia”.

¹⁹ POLO SÁNCHEZ M.C., Universidad de Salamanca, “El principio de libertad de circulación ¿en crisis?”.

Migrantes y sobre Trabajadores migrantes, y alude a un ente casi desconocido —se agradecen las citas de Murgas Torrazza y de Charruti Garcén en sus artículos en este mismo libro—, la Organización Internacional para las Migraciones (1951), con sede en Ginebra y 168 países miembros u observadores, así como a las Conclusiones de la Conferencia OT 2017, antes de entrar en reflexiones sobre la emigración en América Latina y en Colombia. Muy preciso, sobre una relación bastante específica, el magistrado De la Peña Gutiérrez nos ilustra sobre los aspectos migratorios de los “trabajadores de confianza” mexicanos²⁰.

5. Junto al bloque de las diferenciaciones conceptuales que veíamos al principio, otro importante núcleo de estudios va dedicado a la relación laboral del emigrante y sus aspectos jurídicos. El principal derecho aplicable a la relación, aunque ciertamente no presente en todos los Estados, es el de igualdad de trato frente a los trabajadores autóctonos de la empresa. La discriminación por razón del origen es tan execrable como las debidas a otros motivos (edad, sexo, religión etc.), pero no obstante no son pocos los países que introducen limitaciones o restricciones en el disfrute de derechos, por ejemplo de Seguridad Social, a los extranjeros. Al problema van dedicados algunos estudios ya mencionados *supra* al socaire de la libre circulación de trabajadores, mientras que la doctora López Insúa se detiene en el específico aspecto de la discriminación de género²¹. En cambio cobra relieve en estos años el factor religioso en la discriminación de inmigrantes, al menos en el panorama europeo, lo cual merece un análisis de Catalá²². Desde el enfoque inverso, de protección a los inmigrantes discriminados, Kahale Carrillo despliega un interesante argumentario enhebrado sobre el Convenio 197 (2005) del Consejo de Europa, de lucha contra la trata de seres

²⁰ DE LA PEÑA GUTIÉRREZ L.G., Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, “Migración: breves reflexiones sobre la relación jurídica que vincula al Estado mexicano con sus ‘trabajadores de confianza’”.

²¹ LÓPEZ INSÚA, B.M., Universidad de Granada, “Migraciones y género: la feminización de las migraciones”.

²² CATALÁ, S., Universidad de Castilla-La Mancha, “Migración, libertad de circulación y factor religioso en Europa”.

humanos, y el artículo 59 bis de la Ley 10/2011, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²³.

Quizá imbricado en la discriminación, el disfrute de concretos derechos laborales puede venir restringido o tratado de modo diferente por el legislador, una cuestión que se torna delicada con respecto a la Seguridad Social, cuyos aspectos analizan Ruiz Moreno²⁴ y Quintanilla Navarro²⁵, pero con otros aspectos sustanciales como el mostrado por Charruti Garcén para Uruguay (ley 18250 de 2008) y el Cono Sur respecto al reconocimiento del derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, o al acceso a la educación de los hijos de migrantes, con el filtro no tanto de la nacionalidad cuanto de la residencia. Mención aparte, cada vez de mayor importancia, merece el tema profundizado por Fernández Orrico de la compatibilidad entre trabajo y pensión de los migrantes de la Unión Europea, una combinación de acento transnacional con doble situación conceptual cuyo estudio entiendo inédito en los países que abarca este Congreso²⁶.

LA extinción de la relación laboral de los migrantes puede venir unida a situaciones aberrantes o cuanto menos patológicas en el devenir habitual del trabajo de extranjeros. Martínez y González expone la cuestión de las deportaciones y el respeto a los derechos fundamentales²⁷, en tanto que Durán Bernardino despliega un análisis sobre la dura situación de los retornados, limitada a los emigrantes españoles (Ley 40/2006), que habrá de ser completada en el futuro con una referencia al retorno (o “re-emigración”, como se la ha calificado) del gran número de inmigrantes que hubieron de volver a sus países desde España con el desencadenamiento de la crisis financiera internacional²⁸.

²³ KAHALE CARRILLO D.T., Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), “La protección social de los extranjeros víctimas de trata de seres humanos”.

²⁴ RUIZ MORENO A.G., Universidad de Guadalajara, México, “Protección Social para los emigrantes”.

²⁵ QUINTANILLA NAVARRO R.Y., Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, “Las migraciones laborales y la Seguridad Social en el ámbito jurídico internacional y comunitario”.

²⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., Universidad Miguel Hernández, “Envejecimiento activo y compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo en el ámbito migratorio”.

²⁷ MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ A., Universidad Lasalle, México, “Los derechos humanos en la deportación de los migrantes”.

²⁸ DURÁN BERNARDINO M., Universidad de Granada, “Luces y sombras de la política de retorno de emigrantes españoles”.

6. Un último bloque de materias que podríamos llamar diacrónicas por cuanto acometen el estudio de la emigración bajo fenómenos en plena evolución actualmente, son los dedicados a impacto de las revoluciones industriales 3.0 y 4.0 en el asunto del V Congreso y de este libro. Como se sabe, después de la Revolución Industrial 1.0 (vapor) y 2.0 (electricidad) llegaron la 3.0 (robotización, “toyotismo”, precarización) y la 4.0 (plataformas digitales). Y aunque el toyotismo comenzó hace varias décadas en ciertos países e industrias, todavía hoy continúa absorbiendo empleos y devorando fábricas en los países menos avanzados, comenzando en esto por España, cuyo índice de robotización en las empresas es pequeño y permite a las factorías de automóviles amenazar con el cierre si no reciben cuantiosas subvenciones del Estado y fuertes recortes salariales de los trabajadores, como acaba de ocurrir en la factoría Opel de Figueruelas y ya ha sucedido en las de Seat en Martorell, Citroën en Vigo, o Fasa-Renault en Valladolid y Palencia²⁹. Las plataformas digitales (Uber, Deliveroo, Glovo, Cabify, Amazon, etc.), donde el trabajo se intermedia mediante un contacto digital, casi acaban de surgir y ya han adquirido un enorme volumen, por lo que podemos decir que nos encontramos en pleno desarrollo de un modo de trabajar distinto, desubicado, precarizado y aislado. Las convulsiones españolas las estamos viendo al mismo tiempo en México con la política de retorno empresarial del presidente Trump, y en general en todos los países. Sainz Muñoz analiza la robotización en relación con diversos temas, como los jóvenes ni-ni, la empresa aparente o el *just in time* de Toyota, con los efectos de precarización y tercerización, en un largo ensayo algo deslavazado y disperso donde la vista se alegra con las fotografías de robots humanoides y el extenso curriculum del final³⁰. Por su parte, Murgas Torrazza disecciona con su inteligencia de siempre el tema de las nuevas tecnologías referido a la emigración, contrastadas con el fenómeno de “los indocumentados, que deriva de una frecuentemente

²⁹ ELORDI C., “La Opel y el desastre de nuestra industria”, Eldiario.es de 6 de febrero de 2016.

³⁰ SAINZ MUÑOZ C., UCV Caracas, “Las migraciones y la robotización”.

masiva pero espontánea e individualizada migración” y la ahora abandonada política de “pies secos, pies mojados”. Plantea la sutil problemática de los contratos transnacionales, de la que destacaría los casos en que el trabajador trabaja en varios países para un grupo multinacional de empresas, de lo cual deriva la respuesta jurídica de la solidaridad, o el trabajo en aeronaves y navíos, de escondida pero grande importancia³¹.

Un libro, en definitiva, sobremanera completo, que ha extraído mucho más de lo esperable de un tema en apariencia confuso y de difícil manejo en perspectiva internacional, pero que con el esfuerzo conjunto de todos los autores aparece ante nosotros como un muy completo mosaico dotado de una temática armoniosa.

³¹ MURGAS TORRAZZA R., Universidad de Panamá, “Migraciones, contrato de trabajo transnacional y nuevas tecnologías”.



PRESENTACIÓN

MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR

Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, especializada en Derecho Laboral, Seguridad Social, Gestión Humana, Empresas de Servicios Temporales y Normas Internacionales del Trabajo y Docencia

En el empeño de adecuar la temática del V Congreso Iberoamericano y Europeo que nos convoca en esta oportunidad, a las exigencias académicas que se fijan para este tipo de eventos, nos dedicamos a buscar un tema de trascendencia mundial, de gran actualidad e impacto en las naciones del mundo, que, sin distingo de razas, edades, credos políticos o religiosos, nos permitiera un análisis transversal de las diferentes ramas del Derecho y Ciencias afines, con el concepto de interdisciplinariedad y multicampos, que mostrara el fenómeno en contexto globalizado, así fue como llegamos a las Migraciones.

Los objetivos que diseñamos para convocar a este evento, plasma la idea de universalidad con la presentación de los continentes, y con las referencias a personas, proyectamos edades y razas, llamando la atención sobre Colombia, dado el fenómeno de migraciones internas que afronta nuestro país, generadas por los desplazados, por la violencia y la reinserción de grupos alzados en armas, circunstancias que acrecientan la migración que durante muchos años hemos registrado del campo a las grandes ciudades, en búsqueda de oportunidades. A esta se agrega la internacional, de especial relevancia en nuestro caso, proveniente del país hermano de Venezuela.

El siguiente paso lo constituyó transmitir a todos y cada uno de los ilustres Profesores invitados al evento nuestro interés para que efectuarán, desde sus disciplinas, el análisis transversal con el fenómeno de las migraciones, que no constituye un suceso nuevo, de rara ocurrencia o desconocido, pues si nos remontamos a la historia de la humanidad, la búsqueda de la “Tierra Prometida” que se mantiene latente en el conflicto Israelí Palestino, no completamente resuelto en la esencia en cuanto al tema político religioso y de tierras, y donde el perdón y sobre todo el olvido, no se observa latente como pudimos observarlo a raíz de la participación en el Curso de Derechos Humanos en el Terreno, organizado por el instituto Berg y la Universidad Alfonso X El Sabio, al cual fuimos invitados.

Una visión panorámica de los conflictos causantes del gran éxodo de personas por razones políticas y religiosas que han generado grandes guerras que como flagelo de la humanidad azotan territorios del orbe, nos indica claramente la vigencia del tema seleccionado.

En la medida en que nos fuimos adentrando en la temática escogida logramos que distinguidos Profesores a quienes escucharemos en sus importantes disertaciones, que van a enriquecer nuestro entorno académico de formación y actualización, fueron asumiendo con interés el tema propuesto, con la enorme satisfacción de establecer la identificación con la problemática.

Con ello estuvimos seguros del acierto en la selección del tema central de este cónclave del saber; tema que inclusive nos ha permitido articularnos con la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas que participa con uno de sus más distinguidos docentes.

Ha sido igualmente importante que las otras ramas del derecho, además del Derecho del Trabajo, tales como; Constitucional, Internacional, Penal, de Familia y Derecho de la Seguridad Social y Ciencias afines, Sociología, Psicología y Economía, converjan en la temática propuesta y que los trabajos presentados para este Congreso, que ha querido ser esencialmente transnacional, innovativo y actual, nos brinden la gran oportunidad de examinar en contexto este fenómeno mundial desde diferentes ópticas.

La Agenda propuesta es intensa, lo sabemos, pero debe estar en concordancia con la intensidad horaria requerida para la homologación de los créditos que se hace por parte del Programa de Derecho con la consecuente evaluación de resultados, lo que nos obliga a prestar especial atención a todos y cada uno de los temas a exponer.

Esta metodología innovadora busca estar a tono con el análisis que debe hacerse para ampliar el conocimiento del problema que las migraciones pueden significar, y que ha llevado a la Unión Europea a establecer cuotas de recepción de migrantes a los países que la conforman, que por miles salen desde países empobrecidos y azotados por la violencia, llegan en condiciones por demás infra-humanas, lo que, en el caso de España ha conllevado a que el Ministro del Interior solicite la reducción de cuotas porque sus economías no resisten el impacto que origina el asumir estas verdaderas avalanchas de personas en demanda de trabajo, servicios de salud, vivienda y educación. Si esto sucede en países de economías muy sólidas, ¿qué puede ocurrir con los países en vía de desarrollo y en condiciones económicas no muy favorables, como en el caso de nuestro país, cuyas cifras económicas no son las mejores?

Los países receptores tampoco pueden improvisar soluciones a corto plazo que, a la postre, pueden generar situaciones difíciles para ellos y para los mismos migrantes y sus familias.

Es conveniente y necesario optimizar todo lo positivo que pueden acarrear esas migraciones en cuanto a mano de obra calificada, nuevas competencias y tecnologías, promoción del emprendimiento, trabajo autónomo y de agroturismo rural, pero para lo cual no nos preparamos suficientemente por falta de previsión ante causas anunciadas y evidentes.

Como siempre y como lo reiteramos, son Uds. jóvenes en formación quienes tendrán la gran responsabilidad frente a Uds. mismos, de ser mejores personas, de construir una nueva sociedad, rescatando valores éticos y morales, la familia como célula de la sociedad, buscando cada día mejorar el nivel educativo mediante la investigación y la actualización permanente de conocimientos, pues no podemos quedarnos sólo con lo que nos entrega la Universidad en las aulas, ya que estas son apenas las bases de nuestra vida profesional, para enfrentarse a un mundo competitivo en permanente transformación tecnológica basada en el conocimiento y la innovación. Ya lo trató Andrés Oppenheimer en su obra “Crear o Morir”, incluyendo la esperanza de América Latina y las cinco claves de la Innovación, cuya lectura nos permitimos recomendar.

Tienen un gran reto, queridos jóvenes. El Futuro del Trabajo que se ha tornado en el tema de la OIT, así como los 17 objetivos de la Agenda

del 2030, les señalan el derrotero de esos compromisos que tendrán necesariamente que afrontar para ser no espectadores, sino actores muy importantes de esas acciones que deben acometer como ciudadanos de bien, dirigentes políticos honestos, gobernantes probos, cumplidores de los compromisos adquiridos y miembros de una sociedad renovada.

Tienen en sus manos la tarea de construir una Colombia mejor, en un mundo mejor y este congreso les ofrecerá herramientas de análisis.

Muchas gracias, bienvenidos todos y que aprendamos mucho.

PRESENTACIÓN

GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN

Secretaria General de la OISS

CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Introducción

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es una experiencia pionera que tiene como objetivo garantizar los derechos de los trabajadores migrantes iberoamericanos y sus familias a obtener una pensión contributiva de vejez, invalidez o supervivencia en un espacio común, la Comunidad Iberoamericana, del que forman parte veintidós países de América Latina, Caribe y la Unión Europea.

Se trata, efectivamente, de una experiencia pionera porque, por vez primera, se plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo. Por tal razón el proceso de elaboración del Convenio ha exigido la participación de todas y cada una de las partes y su posterior ratificación o, en su caso adhesión, para su incorporación como legislación interna de cada uno de los Estados

Parte a través de los procedimientos constitucionales y legales que les sean propios.

Y, en cierto modo, es también pionera porque se trata no sólo de lograr el acuerdo entre países que aplican en su ámbito interno modelos de Seguridad Social muy diferentes entre sí, en una región del planeta en la que conviven sistemas financiados a través de la capitalización individual de las aportaciones, con sistemas de reparto puro y modelos mixtos que, en paralelo o por tramos, aplican ambas técnicas de financiación, sino también porque la cobertura, la extensión o la intensidad de las prestaciones presentan, igualmente, un abanico muy amplio de diferencias.

Sin embargo, esta misma disparidad hace, si cabe, más necesario un Convenio de este tipo en una zona del mundo en la que los movimientos migratorios son especialmente intensos, afectando según la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) a más de veinticinco millones de personas, y que tan solo en el orden interno, es decir entre países de Iberoamérica, la CEPAL establecía, en un momento determinado, en 2007, una cifra de más de cinco millones y medio de personas que trabajaban y residían en un país iberoamericano distinto del de su origen y que se verían directamente beneficiadas por el Convenio, al igual que lo serían todas aquellas que en el pasado o en el futuro se encontrarán en una situación similar, de los más de seiscientos millones de personas que componen la Comunidad Iberoamericana.

Esta necesidad se veía, además, agravada por la carencia de los convenios bilaterales o multilaterales de menor entidad que el proyectado, que pudieran darle cobertura. En el ámbito bilateral, de los 231 convenios cruzados posibles entre los 22 países iberoamericanos, tan sólo están en vigor poco más de 50, apenas un 20 por ciento del total, muchos de ellos con un ámbito de aplicación muy reducido y, en la práctica, tan solo cuatro países concentran más del 70 por ciento de esos convenios vigentes, lo que deja excluidos a la mayor parte de los Estados de la región.

En el ámbito multilateral se cuenta con la experiencia previa del Acuerdo Multilateral del MERCOSUR, en vigor desde 2007, y la Decisión 583 de la Comunidad Andina, Instrumento Andino de Seguridad Social, de 2004, que aún no ha entrado en vigor. Así como con los Reglamentos Europeos 883/04 y 987/09 vigentes desde 2010 y que también

son aplicables en los dos países europeos —España y Portugal— que forman parte de la Comunidad Iberoamericana. Todas estas experiencias constituyen el germen del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, pero aún así resultan claramente insuficientes y de ahí la necesidad de abordar este nuevo y más complejo instrumento.

2. Desarrollo del convenio

La iniciativa de este Convenio parte de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social, celebrada en Segovia, España, en 2005 y unánimemente acogida por la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno que tuvo igualmente lugar en España, en Salamanca, en ese mismo año y que encomendó a la Secretaría General Iberoamericana y a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social los trabajos para su implementación.

Se inicia a partir de entonces un proceso, muy rico, de intercambio de experiencias, de elaboración de propuestas, de análisis, debate y búsqueda de soluciones que, con la inestimable colaboración de los gobiernos e instituciones de Seguridad Social de los países implicados y tras múltiples borradores y varias reuniones técnicas culmina en 2007, cuando la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social aprueba consensualmente el texto definitivo del Convenio en la ciudad de Iquique, en Chile. Texto que, también en 2007, es adoptado por unanimidad por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de Santiago de Chile y que, en ese mismo acto, fue ya suscrito por doce de los países participantes en la Cumbre.

Entra así el Convenio en una segunda fase en la que, por una parte, los países firmantes, quince ya en la actualidad, deben someter el texto a ratificación parlamentaria de acuerdo con su legislación interna, puesto que —como antes se apuntaba— se trata de un acuerdo multilateral entre países, que a pesar de estar unidos por importantes lazos históricos, culturales, económicos y sociales, no dispone de una estructura jurídico-política común, como es el caso de la Unión Europea. Y, por otra parte y en paralelo con ese proceso se inicia, a su vez y con la misma metodología, el de elaboración del Acuerdo de Aplicación del Convenio,

norma de desarrollo necesaria para su efectiva vigencia, cuyo texto es aprobado en 2009 por la VIII Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social, en Lisboa, y acogido por la XIX Cumbre Iberoamericana celebrada en Estoril (Portugal) ese mismo año.

Se cierra con ello, en un plazo comparativamente corto, el desarrollo normativo de este instrumento internacional que entraría en vigor una vez fuese formalmente ratificado, al menos, por siete países de la Comunidad Iberoamericana, proceso que culminó el 1 de mayo de 2011, fecha efectiva de la entrada en vigor del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

En 2017 el Convenio ha sido ya firmado por 15 países iberoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Y ya es operativo en 11 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay, encontrándose en distintos estados de tramitación en Colombia (en segunda lectura en el Senado), Costa Rica (ratificación parlamentaria), República Dominicana y Venezuela (ratificado pero no depositado el instrumento de ratificación).

3. Contenido del convenio

Se trata de un Convenio de coordinación de legislaciones nacionales que, partiendo del más absoluto respeto a las mismas, así como de la vigencia de otros convenios bilaterales o multilaterales existentes entre los 22 países de la Comunidad Iberoamericana, viene a complementar estos instrumentos, extendiendo y completando su ámbito de acción y, en su caso, incorporando las nuevas realidades existentes. De manera que cuando en un mismo supuesto sean aplicables tanto el Convenio Multilateral, como un convenio bilateral o multilateral vigente entre los países, se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario.

El ámbito material de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social abarca las prestaciones económicas contributivas de invalidez, vejez, supervivencia y las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Mientras que se excluyen expresamente las prestaciones no contributivas, las de asistencia social

y las reconocidas a favor de víctimas de guerra. Se excluyen también las prestaciones sanitarias, dadas las mayores dificultades de coordinación en este campo, pero el propio Convenio recoge la posibilidad de que dos o más Estados Parte del mismo puedan ampliar entre ellos este ámbito material de aplicación, inscribiendo los acuerdos bilaterales o multilaterales alcanzados en el Anexo previsto a tal efecto.

El Convenio recoge y respeta plenamente los principios generales comúnmente aceptados en los instrumentos de coordinación en materia de Seguridad Social en el ámbito internacional y que constituyen también la base de los Reglamentos Europeos 883/04 y 987/09, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR y la Decisión 583 de la Comunidad Andina que antes se citaron como antecedentes de este instrumento.

Contempla así el Convenio, el principio de igualdad de trato, extendiendo su ámbito de aplicación a cualquier persona que esté o haya estado sujeta a la legislación de uno o varios Estados Parte del mismo, con independencia de su nacionalidad, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. Enlaza de este modo con los nuevos Reglamentos Europeos y la doctrina de los Tribunales de Justicia, al no limitar su campo de aplicación por razones de nacionalidad.

El principio de unicidad de la legislación aplicable, también se encuentra recogido en el Convenio mediante la aplicación de la norma general "*lex loci laboris*", es decir, determinando que, salvo excepciones, la legislación a aplicar será la del país donde se realiza el trabajo. Las excepciones a este punto son también las habitualmente admitidas: transporte aéreo y marítimo, pesca en empresas mixtas, funcionarios públicos, personal diplomático o a su servicio o cooperantes, con las peculiaridades propias de cada supuesto. Se recoge además como excepción de la norma general, el caso de la realización de trabajos cualificados cuando el trabajador, por cuenta propia o ajena, es trasladado por su empresa o se traslada para llevarlo a cabo a otro Estado Parte, durante un periodo máximo inicial de doce meses que, cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena, podrá excepcionalmente prorrogarse por otros doce meses.

También el principio de conservación de los derechos adquiridos y el pago de prestaciones en el extranjero están ampliamente recogidos en el Convenio, de manera que las prestaciones reconocidas por un Estado Parte no podrán ser objeto de reducción, modificación, suspensión o

retención —con la única excepción de los costes de transferencia, en su caso— porque el beneficiario reside en otro Estado Parte y le serán hechas efectivas en este último. En el supuesto de que residiera en un tercer país no parte del Convenio el trato que reciba debe ser el mismo que el país que reconoce la prestación otorgue a sus propios nacionales.

El principio de conservación de los derechos en curso de adquisición se contempla igualmente, de manera que si las cotizaciones efectuadas en un único Estado Parte no son suficientes para alcanzar el derecho a la prestación, se aplica la totalización de periodos, es decir cada Estado Parte implicado considerará como cotizados en él la totalidad de los periodos de cotización acreditados en cualquier otro, determinando así la pensión teórica que hubiera correspondido, de la que pagará la parte proporcional al tiempo efectivamente cotizado en él (*“prorrata temporis”*). Por el contrario, si las cotizaciones acreditadas en un Estado Parte fueran suficientes para obtener la pensión, ésta se reconocerá directamente, sin perjuicio de que el beneficiario pueda solicitar la totalización si le fuera más beneficiosa, solicitud que solo tendrá efectos en el Estado Parte para el que la realice, no vinculando a los restantes.

Además, dada la disparidad de modelos de financiación existentes en la Comunidad Iberoamericana, el Convenio prevé expresamente su aplicación a los regímenes de capitalización individual, destinándose en su caso los saldos acumulados en las cuentas personales a financiar la pensión que corresponda y aplicando, también es estos sistemas, la totalización de periodos cotizados para la consecución de pensiones mínimas o el cumplimiento de otros requisitos que puedan exigirse por la legislación interna del Estado de que se trate. La transferencia de fondos de capitalización entre Estados no se regula en el Convenio pero sí se prevé la posibilidad de que los Estados Parte puedan establecer bilateralmente acuerdos y mecanismos en tal sentido.

Por último, el principio de cooperación entre las respectivas administraciones de seguridad social está igualmente recogido, tanto en el Convenio como en su Acuerdo de Aplicación, con gran amplitud. Incluyendo la posibilidad de transmisión electrónica de datos y documentos cuando así lo acuerden las partes bilateralmente o de forma obligada si lo dispusiera el Comité Técnico Administrativo del Convenio al que se atribuyen, entre otras, las funciones de fomentar el uso de las nuevas tecnologías, la modernización de los procedimientos y la adaptación de

los intercambios electrónicos de flujo de informaciones. Este Comité Técnico Administrativo quedó formalmente constituido en 2011 y hasta 2017 ha celebrado ocho reuniones en las que se han tratado y acordado diversos temas, tanto por el propio Comité como por las tres Comisiones —Jurídica, de Gestión e Informática— constituidas en su seno.

4. Conclusión

En definitiva, estamos ante un instrumento verdaderamente relevante para los millones de trabajadores migrantes de la Región Iberoamericana, así como para sus familias y, por tanto, para el conjunto de la ciudadanía y la sociedad civil, que suponen en torno a 600 millones de personas en Iberoamérica.
















Y que, además de los beneficios que en materia de protección social tendrá sobre la población trabajadora iberoamericana, va a infundir en millones de personas de la Región el sentido de pertenencia a una Comunidad propia en el ámbito de la Seguridad Social, lo que permitirá un acercamiento a la noción de pertenecer en Iberoamérica a un área sin fronteras en materia de derechos contributivos de pensiones, lo cual es otro avance de una enorme dimensión en un momento como el actual, en el que continúan produciéndose y desarrollándose intensos procesos de globalización, especialmente económica y en menor medida social.

Es también un instrumento que acoge la totalidad de los principios internacionales comúnmente aceptados y resulta plenamente homologable con otros similares como se ha puesto de manifiesto en el caso de los Reglamentos Europeos vigentes. Así el Dictamen del Comité Económico Social Europeo (CESE) de mes de noviembre de 2012 se refiere al Convenio como *“el auténtico legatario de las normas europeas de coordinación”* y se recoge el deseo por parte del propio CESE de *“que por parte de la OISS se examinase la posibilidad de que otros Estados Miembros de la Unión Europea, además de Portugal y España puedan adherirse en el futuro a este Convenio con el fin de que con un único acto de ratificación puedan establecerse relaciones en materia de Seguridad Social con varios Estados Latinoamericanos evitándose una multiplicidad de negociaciones y convenios bilaterales”*.

Y en esta misma línea se manifestaron los mandatarios de la I Cumbre CELAC-UE (Comunidad de Estados Iberoamericanos, Caribe y de la Unión Europea), celebrada en Santiago de Chile en 2013, expresando su deseo de intercambiar experiencias en materia de Seguridad Social, cuyo modelo es el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. En la Declaración de la Cumbre se recogió literalmente: *“En cuanto a sistemas de seguridad social en la UE y la CELAC, expresamos nuestra voluntad de intercambiar experiencias y mejores prácticas y explorar posibilidades de cooperación birregional, incluyendo el establecimiento de acuerdos bilaterales de seguridad social entre países CELAC y Estados Miembros de la UE que deseen hacerlo individualmente, respetando las legislaciones nacionales y acuerdos bilaterales o multilaterales de seguridad social existentes entre los Estados CELAC-UE, como la Convención de Seguridad Social de Iberoamérica” (Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, aprobado en las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno e impulsado por la OISS-SEGIB).*

Así como el propio Parlamento Europeo que, en su Resolución de 14 de marzo de 2013 sobre *“la integración de inmigrantes.... y la dimensión externa en la coordinación de los sistemas de seguridad social en la UE”*, *“celebran, en este contexto, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y sugieren la posibilidad de que otros Estados Miembros se unan a Portugal y España a esta iniciativa como una plataforma de coordinación a escala europea”.*

(Artículos 29, 30, 31.2 CMISS y 33.3 AA)

| PAISES QUE LO HAN FIRMADO | FECHA FIRMA CONVENIO | FECHA RATIFICACION | FECHA DEPOSITO INSTRUMENTO RATIFICACION EN LA SEGIB-OISS | FECHA SUSCRIPCION ACUERDO APLICACION | APLICACIÓN EFECTIVA CONVENIO | POBLACION (1) |
|--|----------------------|--------------------|--|--------------------------------------|------------------------------|---------------|
|  Argentina | 10/11/ 2007 | 09/06/2010 | 31/05/2016 | 31/05/2016 | 1/08/2016 | 42.980.026 |
|  Bolivia | 10/11/ 2007 | 08/11/2010 | 02/02/2011 | 18/04/2011 | 01/05/2011 | 10.027.254 |
|  Brasil | 10/11/ 2007 | 30/10/2009 | 11/12/2009 | 19/05/2011 | 19/05/2011 | 201.000.000 |
|  Chile | 10/11/ 2007 | 18/11/2009 | 30/11/2009 | 01/09/2011 | 01/09/2011 | 16.572.475 |
|  Colombia | 26/11/2008 | | | | | |
|  Costa Rica | 10/11/ 2007 | | | | | |
|  Ecuador | 07/04/ 2008 | 31/08/2009 | 04/11/2009 | 20/06/2011 | 20/06/2011 | 14.067.000 |
|  El Salvador | 10/11/ 2007 | 29/05/2008 | 04/09/2008 | 17/11/2012 | 17/11/2012 | 6.251.495 |
|  España | 10/11/ 2007 | 05/02/2010 | 12/02/2010 | 13/10/2010 | 01/05/2011 | 46.507.760 |
|  Paraguay | 10/11/ 2007 | 15/12/2010 | 09/02/2011 | 28/10/2011 | 28/10/2011 | 6.672.631 |
|  Perú | 10/11/ 2007 | 12/09/2013 | 30/01/2014 | 20/10/2016 | 20/10/2016 | 31.915.789 |
|  Portugal | 10/11/ 2007 | 27/10/2010 | 22/12/2010 | 19/03/2013 | 21/07/2014 | 10.561.614 |
|  República Dominicana | 07/10/2011 | | | | | |
|  Uruguay | 10/11/ 2007 | 24/05/2011 | 26/07/2011 | 26/07/2011 | 01/10/2011 | 3.286.314 |
|  Venezuela | 10/11/ 2007 | 16/02/2009** | | | | |

(1) Según la oficina de información diplomática

JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LA INMIGRACIÓN

FERNANDO VALDÉS DAL-RE
Magistrado del Tribunal Constitucional

1. Mis primeras palabras quieren expresar un doble sentimiento. El primero es el agradecimiento a los organizadores de esta Jornada por la amable invitación que en su día se me curso para participar en ella; en la persona de Martha Monsalve explícito mi reconocimiento. .El segundo sentimiento, de factura bien diversa, pretende transmitir mi más cordial felicitación por la programación y concreción de este evento que, además de tratar de un tema de constante actualidad, ha logrado reunir a un grupo de reconocidos profesionales de ambos lados del Atlántico en la materia relativa a la emigración; aunque también en otras muchas vinculadas al derecho social.

Tal y como reza su rúbrica, mi exposición versará sobre “la jurisprudencia sobre migración”. Es este un título de una notable ambigüedad, apreciado el juicio en las dos expresiones que se entrelazan. Precisamente, esta característica aconseja efectuar, desde un principio, algunas observaciones destinadas a aclarar el exacto contenido de la intervención.

Es de sobra sabido que la mera noción de “jurisprudencia” tiene un alcance polisémico, pues puede aludir a la doctrina elaborada por los más variados tribunales. Incluso referida ésta al espacio europeo, ese rasgo

no desaparece, pues el término puede referirse, de manera conjunta o separada, a los órganos jurisdiccionales de garantía de la aplicación bien del Convenio de Roma (Tribunal de Estrasburgo) bien del derecho de la Unión Europea (Tribunal de Luxemburgo). Por las razones que de inmediato facilitaré, mi ponencia se centra, de manera exclusiva, en las resoluciones del tribunal encargado de velar por la correcta aplicación del Convenio Europeo de Derecho Humanos y Libertades Fundamentales. Girando ahora la atención hacia la otra expresión, fácilmente se comprenderá que la “migración” también tiene una notable amplitud; en verdad, constituye un contenedor conceptual en el que entra un sin número de materias que trascienden el ordenamiento laboral y de seguridad social; o, lo que es igual, posee una dimensión transversal que afecta al sistema jurídico en su globalidad.

A partir de esta realidad, difícilmente rebatible, decidí que el tema a desarrollar debía alejarse de cuestiones estrictamente laborales, instalándose en el ámbito de los derechos civiles o políticos. La definitiva solución me la brindó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al dictar en fecha reciente, el 3 de octubre de 2017, una sentencia condenatoria a España por violación del art. 4 del Protocolo 4 del Convenio de Roma. Esa sentencia me da la ocasión de reflexionar sobre un tema que ofrece dos buenas razones para un examen de fondo, pues, a la indiscutible actualidad de esa resolución judicial, viene a conjugarse la escasa bibliografía existente sobre el citado precepto de aquél instrumento internacional.

2. El Protocolo núm. 4 (Pro 4) al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), que reconoce ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y en su Protocolo adicional, fue firmado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963, - es decir, más de una década después de la adopción por el Consejo de Europa (CdE) tanto de aquél primero, del Convenio, (noviembre 1950) como de este otro, de su Protocolo Adicional (marzo 1952) -, entrando en vigor el 2 de mayo de 1968. Hasta el presente, el Protocolo núm. 4 ha sido ratificado por la práctica totalidad de los Estados parte del mencionado Consejo, habiendo sido España uno de los últimos en ratificarlo, pues lo hizo en octubre de 2009.

Como su propia denominación ya indica de conformidad con los términos utilizados, que no consienten duda o incertidumbre alguna, el Pro 4 tuvo como finalidad proceder a la ampliación del ámbito objetivo del CEDH, instituyendo unos derechos y libertades no incorporados hasta entonces a los instrumentos reguladores de unos y otras. En concreto, los derechos y libertades consagrados fueron los cuatro siguientes: i) la prohibición de prisión por deudas (art. 1); ii) la libertad de circulación (art. 2); iii) la prohibición de la expulsión de los nacionales (art. 3) y iv) la prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros (art. 4). Es este último derecho el que será objeto de examen en el presente comentario, analizando no solo ni tanto su contenido normativo, de una notable parquedad, pues coincide en su más estricta literalidad con la rúbrica del propio precepto, cuanto de la jurisprudencia dictada por los órganos de garantía del Convenio y de sus variados protocolos.

Con carácter preliminar, me interesa efectuar dos consideraciones de carácter general. De un lado, el párrafo primero del art. 5 del Pro 4 enuncia una regla de uso normalizado en los instrumentos adoptados por el CdE, en virtud de la cual se autoriza a las partes contratantes a que en el momento de la firma o de la ratificación haga constar la medida en que se compromete a aplicar las disposiciones del Protocolo a los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable.

Al amparo de la previsión enunciada en este precepto, España, al proceder a la aprobación del Instrumento de Ratificación del Pro. 4, efectuó una Declaración “para el caso de que el presente Convenio del Consejo de Europa sea extendido por el Reino Unido a Gibraltar”. Tal Declaración consta de los tres siguientes puntos: i) Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido, estando sometido a un proceso de descolonización” de acuerdo con diversas decisiones de la Asamblea General de Naciones Unidas; ii) las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas y iii) la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del Protocolo “se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar, sin que pueda producir cambio alguno” respecto de lo previsto en los dos apartados anteriores. El párrafo segundo de este mismo pasaje convencional, de su lado, señala que periódicamente, dicha parte podrá presentar una nueva declaración modificando los términos de la

inicial o cancelando la aplicación de las disposiciones del Protocolo en cualquier territorio.

La segunda observación afecta al contenido del art. 6, que dispone que los cinco primeros artículos del tan mencionado protocolo se consideran como artículos “adicionales al Convenio”, de modo que “todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia”.

3. Conforme ya se ha hecho constar y ahora se reitera, el enunciado normativo del art. 4 Pro 4 es de una remarcable parquedad terminológica, pues reza del tenor siguiente: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. A pesar de su esquematismo, la doctrina científica entiende que este pasaje convencional instituye una doble garantía: de carácter adjetivo la una y de dimensión sustantiva la otra. Desde la primera vertiente, el precepto prohíbe una expulsión colectiva, entendiendo por tal, y como luego se ha de razonar, una expulsión en la que no medie una consideración individualizada de las circunstancias concurrentes en cada caso. Desde la segunda, el art. 4º proscribe como política de extranjería la expulsión colectiva (Durán Alba). O en palabras de Quesada Polo, el Convenio no reconoce a los extranjeros un derecho a no ser expulsados, con la excepción de las expulsiones colectivas

En el ámbito del derecho internacional, el tan mencionado Protocolo fue el primer instrumento prohibitivo de las expulsiones colectivas. Con posterioridad, sin embargo, se han ido aprobado otros instrumentos que siguen esta misma senda. En tal sentido y dando de lado el art. 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (Nueva York 1966), que trata de las expulsiones individuales, debe citarse, en primer lugar, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (NU) en diciembre de 1985 (Resolución 40/144), cuyo art. 7 dispone, en su último inciso, que “queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico”. De su lado, el art. 22.1 de la Declaración Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, igualmente

adoptada por la Asamblea General de UN en diciembre de 1990 establece que los “trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva”, añadiendo que “cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”. Sin perjuicio de lo que se argumentará más adelante sobre la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 4 Pro 4, el enunciado del art. 22.1 de la Declaración, que entró en vigor en 2003 y que aún no ha sido ratificada por España, es probablemente el más preciso, pues incorpora a su contenido normativo una doble exigencia: el examen individual de cada posible caso de expulsión colectiva y la decisión individual de dicha expulsión. De pertinente referencia es, en fin, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), cuyo art. 19.1, al estatuir que “se prohíben las expulsiones colectivas”, hace suyo el contenido del art. 4 del Pro 4, tal y como reconocen de manera expresa las “Explicaciones” a dicho instrumento.

Retornando al tema que aquí es objeto de atención, el Convenio y su Protocolo no han reconocido a los extranjeros un derecho a no ser expulsados. O por enunciar la idea en otras palabras más precisas, los Estados partes contratantes conservan la facultad de definir las causas de expulsión, con excepción de las expulsiones colectivas fundadas exclusivamente en la condición de extranjería.

Qué deba extenderse por expulsión colectiva, es interrogante que han abordado y resuelto las primeras resoluciones dictadas por el TEDH con ocasión de la interpretación del pasaje convencional controvertido. En tal sentido, la sentencia de 5 de mayo de 2002, asunto *Conka v. Bélgica*, hará suya el concepto sobre expulsiones colectivas que había enunciado unos años antes el propio Tribunal en la decisión sobre admisión dictada en el asunto *Andric c. Suecia*, de 23 de febrero de 1999 (*The law*, 1). En tal sentido, procederá a ofrecer una definición de las expulsiones colectivas del modo siguiente: “Toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” (pár. 59)¹.

¹ En la versión inglesa manejada: “Any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group”

Poco tiempo después de la adopción por el TEDH de la sentencia *Conka*, la Asamblea parlamentaria del CdE aprobará la Recomendación 1547(2002) sobre procedimientos de expulsión forzada de conformidad con los derechos humanos y con respeto a la salud y dignidad, manifestando la conveniencia de elaborar un código de conducta en relación con estos procedimientos. Ateniéndose a este mandato, el Comité de Ministros decide constituir en 2003 una comisión de expertos a la que encara la preparación de un primer borrador que, tras diferentes discusiones, concluye sus trabajos con la adopción del documento titulado “Veinte orientaciones sobre el retorno forzoso” (*Twenty Guidelines on Forced return*). En concreto, la orientación tercera, titulada “prohibición de expulsiones colectivas”, reza del tenor siguiente: “Una orden de remoción solo podrá ser adoptada en base a un razonable y objetivo examen del caso particular de cada persona individual concernida, y se tomará en atención a las circunstancias específicas de cada caso. La expulsión colectiva de extranjeros está prohibida”².

Una lectura comparada entre la orientación reproducida y la definición de expulsión colectiva contenida en la sentencia *Conka* y, con anterioridad, en la decisión de inadmisión del asunto *Andric* pone de relieve la influencia de estas resoluciones sobre aquellas, influencia que de manera expresa se hace constar en los comentarios que sirven de explicación a la tan mencionada orientación. El apar. 1° de los mismos manifiesta que la orientación sobre expulsión colectiva “reafirma” el concepto establecido por el TEDH en relación con el art. 4 Pro 4, que reproduce a renglón seguido. De su lado, el apartado 3° señala que una orden individual de expulsión no puede ser acordada —en cita apoyada en el párr. 59 de la sentencia *Conka*— “sin atender a las circunstancias individuales de cada miembro del grupo”.

4. Probablemente, en la motivación del art. 4 Pro 4 podrían haber estado presentes las deportaciones masivas acaecidas a lo largo de la historia y adoptadas por los más variados Estados a

² La versión inglesa manejada dice así: “A removal order shall only be issued on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual person concerned, and it shall take into account the circumstances specific to each case. The collective expulsion of aliens is prohibited”

menudo bajo la simple cobertura de la pertenencia del grupo a una religión o etnia distinta de la dominantes en un momento histórico y político concreto (Perrouchoud). Como en su día argumentara el *Independent Bureau for Humanitarian Issues*, las decisiones de las expulsiones de los extranjeros trae causa en una compleja interrelación de motivaciones económicas y políticas, como por ejemplo, presiones políticas motivadas por problemas económicos o sociales; inestabilidad política a resultas de movimientos nacionalistas o campañas electorales o, en fin, seguridad interna.

Pero al margen de las muy abundantes manifestaciones de expulsiones masivas adoptadas en el curso de la historia, el art. 4 del Pro 4 pretendió de seguro, en el *tempus* en que fue aprobado, salir al paso de dos fenómenos muy concretos de esta naturaleza: los procesos de descolonización posteriores a la II Guerra Mundial, de un lado, y los movimientos migratorios, de otro. Mientras ese primero apenas se encuentra ahora presente en el escenario europeo, el segundo ha ido adquiriendo, de forma constante, una creciente relevancia política y social, articulándose de muy variadas formas de entre las que, de seguro, la que cuenta con una mayor proyección e intensidad es la que se concentra en el mar mediterráneo (*boat-people*).

En esa dirección, no es por casualidad que la Unión Europea comen-zase a reflexionar a finales del siglo pasado sobre “los retornos forzosos” de los residentes ilegales, publicando en abril de 2002 el “Libro Verde relativo a la Política Comunitaria de retorno de los residentes ilegales”³, definiendo el término “retorno forzoso”, —sin duda muy próximo a la expulsión (Chueca Sancho)— como la vuelta “al país de origen o de tránsito mediante la amenaza de uso de medidas coercitivas o el uso mismo de estas medidas”. Con independencia de que se utilice de forma no siempre diferenciada las expresiones “retorno” y “expulsión”, este documento hace constar que en 1999 el número de extranjeros expulsados de manera no voluntaria en la UE —todavía a 15— alcanzó la cifra de 324.206, la cual al año siguiente se elevó a 367.552. Algunos años

³ COM (2002) 175 final.

después, se aprobaría la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, más conocida como la Directiva sobre retorno (Fajardo del Castillo)⁴. Esta norma europea establece determinadas garantías de procedimiento a favor de los nacionales de terceros países sujetos al retorno, incluido el respeto al principio de no devolución (*non-refoulement*), de conformidad con los derechos humanos, de manera señalada los enunciados en la CDFUE⁵.

En fechas ya más recientes, la Comisión adoptaría un Plan de Acción de la UE en materia de retorno⁶, que preve treinta y seis medidas concretas destinadas a mejorar la “la eficiencia del sistema de retorno de la Unión Europea. Pocos años después, en un nuevo documento, la Comisión vendría a reconocer el fracaso de las anteriores medidas o, en sus propias palabras, “los retos a los que debe responder la política de retorno de la Unión Europea incluso se han agudizado y han dado protagonismo a este aspecto de la política global de la UE en materia de migración”⁷. Los datos aportados confirman este juicio: en el 2015 el número de inmigrantes irregulares a los que se había ordenado abandonar la UE fue de 533.395, frente a 470.080 del año anterior. Habida cuenta de que en el bienio 2015/2016 el número de solicitudes de asilo fue de 2,6 millones y de que la tasa de reconocimiento en primera instancia de dichas peticiones se sitúa en el entorno del 57 por ciento, los Estados miembros podrían haber tenido que retornar en el 2017, una vez concluida la tramitación de aquellas solicitudes, a más de un millón de personas.

5. Durante el funcionamiento del que fue en los años iniciales el primer órgano de garantía de la CEDH —aludo a la Comisión europea de

⁴ Fue transpuesta al ordenamiento interno español por la LO 2/2009, de 11 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.

⁵ En relación con las garantías de los derechos humanos, vid. el apar. 4.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre evaluación de los acuerdos de readmisión de la UE, de 23 de febrero de 2011 [COM (2011) 76 final].

⁶ COM (2015) 453 final, de 9 de septiembre.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea- Un plan de acción renovado, de 2 de marzo de 2017 [COM (2017) 200 final].

derechos del hombre—, las demandas presentadas con la presunta vulneración del art. 4° del Pro 4 fueron cuantitativamente muy reducidas; y ninguna de ellas fue objeto de una decisión de fondo o, lo que es igual, la totalidad de las mismas concluyó con una decisión de inadmisión (*irrecevable*)⁸. No son estas conclusiones que puedan predicarse respecto del Tribunal de Estrasburgo, que ha tenido diversas oportunidades, aun cuando no muchas, de ir elaborando una jurisprudencia sobre el pasaje convencional a examen.

Como ya se ha hecho costar, el primer pronunciamiento de fondo en el que el TEDH aprecia una lesión del Convenio tuvo lugar más de 30 años después de su vigencia con ocasión de la resolución del asunto *Conka*, que fue acompañada por dos votos disidentes. Brevemente descritos, los hechos fueron los siguientes: los miembros de una familia de nacionalidad eslovaca y de etnia gitana, formada por los padres y dos hijos, venían siendo agredidos, insultados y amenazados por un grupo de “cabezas rapadas” (*skinheads*) y, ante la pasividad de la policía local, decidieron huir a Bélgica, donde solicitaron asilo. Las peticiones de asilo fueron declaradas inadmisibles por las autoridades administrativas competentes y, tras diversas vicisitudes sufridas por algunos de los miembros (como la prisión preventiva) y la presentación de los oportunos recursos, se acordó una nueva orden de expulsión, que fue recurrida y desestimada por el Consejo de Estado.

Los elementos más relevantes de la sentencia del TEDH a examen pueden ser resumidos del modo siguiente:

- a) Se advierte que de la mera concurrencia de las notas definitorias de una expulsión colectiva no cabe inferir, siembre y de manera mecánica, una violación del art. 4 Pro. 4, resultando necesario analizar las circunstancias concretas que rodean la ejecución de cada expulsión;
- b) Desde un ángulo procedimental, no se admite la adopción de órdenes de expulsión amparadas, todas ellas, en un único precepto de la legislación nacional basado, en el asunto a enjuiciamiento, en que los demandantes llevaban más de tres meses en el país;

⁸ La decisión de inadmisión de la Comisión más invocada es la de *Becker v. Denmark*, de 3 de octubre de 1975, núm. 7011/75, que se puede consultar en D.R., 4, p. 215.

c) Se hace constar la pertinencia de examinar distintos indicios o circunstancias alegados por los recurrentes; entre otros, los siguientes: i) el anuncio por las autoridades políticas, antes de la adopción de la decisión de expulsión, de haber dado instrucciones a los órganos administrativos de no conceder permisos; ii) el modo de convocar a los afectados, que fue simultáneo en lugar de individual; iii) el contenido y redacción de las órdenes de salida del país o de su confinamiento, todas las cuales eran idénticas; iv) la entrega de las órdenes de ejecución en términos que dificultaron la asistencia letrada y v) el momento de la expulsión, que fue anterior al de la conclusión del procedimiento de asilo instado previamente (párr. 62).

Analizadas las circunstancias de la expulsión, el tribunal de Estrasburgo concluye afirmando que “el procedimiento seguido no ofrece las garantías suficientes demostrativas de una toma en consideración real y diferenciada de la situación individual década una de las personas concernidas” (párr. 63).

6. El 23 de febrero de 2012 —diez años después de *Conka*—, el TEDH dicta, al resolver el asunto *Hirsi Jamma et autres c. Italie*, la que, de seguro, puede calificarse como la resolución más relevante de la presente década. Esta relevancia trae causa en dos motivos: el primero tiene un carácter formal o, si se prefiere, adjetivo, pues fue aprobada por la Gran Sala; el segundo posee una dimensión sustantiva, pues la importancia deriva de la doctrina ahí contenida.

Los demandantes, once ciudadanos somalíes y trece eritreos, formaban parte de un grupo de aproximadamente doscientos individuos que abandonaron Libia a bordo de tres embarcaciones con el objetivo de llegar a la costa italiana. Cuando estas se encontraban en el área territorial del Servicio de búsqueda y salvamento maltés, fueron interceptadas por tres buques del Servicio de Vigilancia Aduanera de la policía italiana. Los pasajeros de esos barcos fueron trasladados a buques militares italianos, y devueltos a Trípoli. Los recurrentes alegaron que, durante esta travesía, las autoridades italianas no les informaron de su destino y no intentaron identificarlos.

La sentencia *Hirsi Jamma* condena a Italia por tres violaciones: i) la del art. 3° del CEDH, que prohíbe torturas y tratos humanos y

degradantes; ii) la del art. 13 (derecho al recurso) en relación con el art. 3, ambos igualmente del CEDH y iii) la del art. 4 Pro 4. A esta última vulneración será a la que me refiera exclusivamente.

A lo largo del proceso, el gobierno italiano planteó la inaplicación del art. 4 Pro 4 por considerar que, a su juicio, su ámbito aplicativo solo se activa cuando las personas se encuentren o hayan entrado en el territorio de un Estado de suerte que, “en el presente asunto, la medida en cuestión no era una expulsión sino más bien un rechazo a autorizar a unos individuos a entrar en el territorio nacional” (párr.160). En contra de esta alegación, los demandantes sostienen una interpretación “funcional y teleológica” del pasaje convencional, señalando que la prohibición “también debería aplicarse a aquellas medidas destinadas a rechazar a los emigrantes en alta mar que son adoptadas sin ningún tipo de decisión formal previa”, de modo que dichas medidas constituyen “expulsiones disimuladas”. La mayoría de terceros intervinientes no gubernamentales descarta igualmente la inaplicación del art. 4 Pro. 4. En tal sentido, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos entiende que las expulsiones colectivas en alta mar están prohibidas en virtud del principio de la buena fe, añadiendo que, si se reconoce el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de una parte contratante en cuanto a acciones ocurridas en alta mar, “se presupone que los derechos garantizados en el Convenio y sus Protocolos deberían ser aplicables” (párr. 164).

El TEDH desestimará la anterior objeción, en base a una diversidad de argumentos, señaladamente los tres siguientes: i) la interpretación del Comité de expertos que elaboró el informe explicativo del Protocolo 4 al CEDH así lo entendió, revelando que el objetivo de su art. 4 es el prohibir formalmente “las expulsiones colectivas de extranjeros, como las que han protagonizado la actualidad reciente”, no haciendo referencia a los extranjeros que residan de manera legal en un territorio sino a “todos aquellos que en realidad no tienen derecho a obtener la nacionalidad de un Estado” (párr. 174); ii) la configuración del CEDH como “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la vista de las condiciones actuales” siendo esencial que el mismo sea interpretado y aplicado de tal forma “que las garantías que protege sean prácticas y efectivas y no teóricas o ilusorias” (párr. 175) y iii) una interpretación finalista del Convenio, cuyo objetivo es evitar que los Estados puedan

expulsar a determinados extranjeros sin examinar con carácter previo sus circunstancias personales. Una inteligencia limitativa de las expulsiones colectivas al territorio nacional de los Estados contratantes privaría de “protección a una parte importante de las tendencias migratorias contemporáneas”. El art. 4 Pro 4 resultaría “entonces ineficaz en la práctica para tratar estas situaciones”, las cuales experimentan constantes aumentos (párr. 176).

En atención a las razones expuestas, el Tribunal, como ya se ha anticipado, considera que las expulsiones de extranjeros llevadas a cabo en el marco de interceptaciones en alta mar por parte de las autoridades de un Estado que ejerza su competencia soberana, con efectos impeditivos para que los emigrantes lleguen a sus fronteras, “constituye un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio que implica la responsabilidad del estado en cuestión en virtud del artículo 4 del Protocolo núm. 4” (párr. 180). Descartada la excepción propuesta por el Gobierno italiano, el TEDH estima la vulneración alegada al considerar que la devolución de los emigrantes que iban en las embarcaciones interceptadas se hizo sin tener en cuenta ni valorar las situaciones individuales de cada uno de ellos (párr. 185).

7. A lo largo de los 15 años que medien entre la sentencia *Conka* y la de 3 de octubre de 2017, que resuelve el asunto *N.D. y N.T. c. España*, el TEDH ha tenido la oportunidad, bien que en un número muy reducido de ocasiones, de conocer hechos presuntamente constitutivos de una infracción del art. 4 Pro 4 y, por consiguiente, de reiterar la doctrina formuladas en sus primeros pronunciamientos, ya comentados. Sin perjuicio del análisis más detallado que se efectuará respecto de las resoluciones en las que efectivamente se ha dictado un fallo estimatorio de la violación de ese pasaje convencional, el órgano de garantía del Convenio ha complementado esa doctrina con nuevos criterios. De entre todos ellos, la mención de dos me parece de todo punto pertinente.

En tal sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que no pone en cuestión el derecho que asiste a los Estados a establecer políticas en materia de emigración, eventualmente en el marco de la cooperación

bilateral; y tampoco cuestiona las obligaciones y los compromisos que, en el ámbito de la UE, han de respetar los Estados miembros, habiendo tomado nota de los “nuevos desafíos” a los que se enfrentan los Estados europeos debidos a la crisis económica así como a los recientes cambios sociales y políticos que afectan particularmente a ciertas regiones de África y el Oriente Medio (sentencia de 21 de enero de 2011, asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 223). Pero al margen de todo ello, las dificultades que pueden encontrar los Estados en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida a solicitantes de asilo no justifica el recurso a prácticas administrativas o de otro orden incompatibles con el CEDH y su Protocolo núm. 4 (*Hirsi Jamma et autres*, párr. 179, y sentencia de 15 de diciembre de 2016, asunto *Kblaifia et autres c. Italie*, párr. 241).

De otro lado, el órgano de garantía del CEDH también ha destacado que, a los efectos del art. 4 Pro 4, la noción de extranjero no se refiere exclusivamente a quienes residen regularmente en el territorio de un Estado concreto. También comprende, tal y como ya reconoció el Comité de Expertos que elaboró los comentarios al mencionado Protocolo, a todos los que no tienen “un derecho actual de nacionalidad en el Estado sin distinguir si están en tránsito o son residentes o domiciliados, si son refugiados o han entrado en el país por su voluntad o, en fin, si son apátridas o poseen una nacionalidad” (*Georgie c. Russie*, párr. 168).

8. Desde que fuera dictada la sentencia *Conka* en 2002 hasta la actualidad, el TEDH ha vuelto a tener algunas oportunidades de abordar el art. 4 Pro 4; pero las mismas no han sido numerosas. Salvo error u omisión por mi parte, solamente en otras seis ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado la lesión de este pasaje convencional, en la última de las cuales se ha condenado a España. Analizada que ha sido la primera de ellas, la sentencia *Hirsi Jamma et autres*, seguidamente examinaré, por orden cronológico, las restantes resoluciones que han concluido con la expresa vulneración por algún Estado contratante del Protocolo 4.

a) A resultas de las intensas tensiones políticas existentes, la Federación de Rusia decide, el 1º de octubre de 2006, suspender todas las relaciones, incluidas las postales y financieras, con Georgia, procediendo

a expulsiones masivas de ciudadanos georgianos residentes en territorio ruso. En una nota informativa elaborada por la ONG Human Rights Watch, se cifra en 1194 expulsiones en octubre; y un informe de la Federación Internacional de Derechos del Hombre (FIDH) habla de miles de detenciones de residentes georgiano y de cientos de expulsiones hacia Georgia (párr. 29).

Tras muy diversos avatares y la publicación de numerosos documentos, que no hace al caso analizar, el Gobierno de Georgia interpone una demanda ante el TEDH contra la Federación de Rusia, alegando la violación por el Gobierno ruso, durante la detención y expulsión de sus ciudadanos, de los arts. 3 (prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 8 (derecho a la vida privada y familiar), 13 (derecho a un recurso efectivo), 14 (prohibición de discriminación) y 18 (limitación de la aplicación de las restricciones de derechos) del CEDH, de los arts. 1 (derecho a la propiedad) y 2 (derecho a la instrucción) del Protocolo núm. 1, del art. 4 del Protocolo núm. 4 y, en fin, del art. 1 (limitaciones de expulsión de los extranjeros residentes en un Estado soberano) del Protocolo núm. 7. Por sentencia de 3 de julio de 2014, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo resuelve el asunto *Georgie c. Russie* (I) y, en lo que aquí interesa, considera, por dieciséis votos a favor y uno en contra, que las expulsiones de los residentes georgianos durante el período analizado han constituido una práctica administrativa lesiva del art. 4 Pro 4 (punto 5, del fallo).

Esta violación se fundó en que las expulsiones se adoptaron de manera rutinaria, siguiendo todas ellas, a lo largo y ancho del territorio ruso, un mismo esquema, siendo el resultado de una política coordinada de arrestos, detenciones y expulsiones de ciudadanos de Georgia. Dicha política discurrió por tres operaciones: i) el arresto en la calle bajo el pretexto de efectuar un control de papeles, estuvieran estos o no en regla; ii) la agrupación de las personas detenidas en locales de policía y iii) la puesta a disposición de tribunales en los que las sanciones administrativas y las decisiones de expulsión se pronunciaron sin la presencia de abogados ni el examen de las circunstancias personales, a lo largo de un procedimiento que duraba entre 2 y 10 minutos (párr. 172).

b) En marzo de 2009, treinta y dos ciudadanos afganos, dos sudaneses y un eritreo presentan ante el TEDH una demanda contra Italia

y Grecia, alegando que llegaron clandestinamente a Italia procedentes de Grecia, siendo rechazados de nuevo a Grecia bajo la amenaza de ser devueltos a sus respectivos países de origen. A Grecia, imputan la violación del art. 3 del Convenio (prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes); y a Italia

la lesión del art. 4 Pro 4, manifestando adicionalmente la privación de su derecho de presentar una demanda ante el propio Tribunal de Estrasburgo dada la imposibilidad de haber podido contactar a un intérprete y a un abogado.

Mediante sentencia de 21 de enero de 2015, asunto *Sharifi el autres c. Italie et Grèce*, la Sección Segunda del TEDH declara por unanimidad que Grecia infringió el art. 13 en relación con el art. 3 de la CEDH y que Italia vulneró el art. 4 Prot. 4. En lo que concierne a este punto concreto, el órgano de garantía del Convenio hace constar que los emigrantes fueron interceptados en diferentes puertos del mar adriático, siendo objeto de “envíos automáticos” de Italia hacia Grecia, a donde habían llegado previamente (párr. 219). Los afectados fueron privados, adicionalmente, de toda posibilidad efectiva de presentar una demanda de asilo.

Una última observación puede aún resultar de interés. El Gobierno italiano alegó, con base en el sistema de Dublín, que solo Grecia resultaba competente para decidir sobre las eventuales peticiones de asilo y, por consiguiente, a valorar las situaciones particulares de cada uno de los emigrantes concernidos. Sobre este particular extremo, el Tribunal entiende que, para determinar si Grecia era efectivamente competente para pronunciarse sobre tales peticiones, las autoridades italianas debieron proceder a un análisis individualizado de la situación de cada uno de los afectados, en lugar de “expulsarlos en bloque” (párr. 223).

c) A excepción de la sentencia condenatoria de España, las dos últimas resoluciones del TEDH que han estimado violación del art. 4 Pro 4 fueron dictadas por la Sección Tercera en la misma fecha, 20 de diciembre de 2016, procediéndose a enjuiciar en ambas hechos idénticos y teniendo ambas igualmente, como parte demanda a un mismo Gobierno. Tales resoluciones resolvieron los dos siguientes asuntos: *Shioshvili and others v. Russia* y *Berdzenishvili and others v. Russia*.

Los hechos de una y otra sentencia coinciden con los que el TEDH hubo de conocer en *Georgie c. Russie* (I); esto es, ciudadanos georgianos

masivamente expulsados en la primavera de 2007, aplicando el mismo procedimiento: detención en la calle con el argumento de llevarse a cabo un control de documentación, ingreso en comisaría de policía y, finalmente, decisión judicial de expulsión sin sujeción a garantía procedimental alguna. En consecuencia, los fallos tienen el mismo alcance que en aquel primer pronunciamiento: violación del art. 4 Pro 4.

9. Para concluir analizaré, como ya ha sido anticipado, la sentencia de 3 de octubre de 2017 dictada por la Sección Tercera del TEDH con ocasión del conocimiento y resolución del asunto acumulado *N.D. y N.T. c. España* (demandas núms. 8675/15 y 8697/15).

a) La lectura del párr. 12 resume los hechos enjuiciados del modo siguiente: el 13 de agosto de 2012, los dos demandantes, ciudadanos de nacionalidad de Malí y de Costa de Marfil, respectivamente, salieron del campamento del Monté Gurugú y trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través del puesto fronterizo de Melilla, puesto éste que, de un lado, tiene tres vallas consecutivas, dos exteriores de 6 metros de altura y una interior de 3 metros y, de otro, cuenta con un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento. Los recurrentes así como otros inmigrantes treparon por la primera valla por la mañana, logrando el Sr. N.D. encaramarse a lo alto de la tercera, permaneciendo allí hasta la tarde sin recibir ninguna asistencia jurídica o médica. El Sr. N.T. manifiesta haber sido alcanzado por una piedra cuando trepaba la primera valla, y haber caído, consiguiendo no obstante superar las dos primeras. Hacia las 15 horas, bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas españolas de seguridad, siendo entonces detenidos y devueltos a Marruecos sin ser objeto de procedimiento de identificación ni teniendo la oportunidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos.

Una vez en suelo marroquí y tras ser trasladados a 300 kilómetros de la frontera, los días 9 de diciembre de 2014 y 23 de octubre de 2014 los dos demandantes lograron entrar en territorio español por el puesto fronterizo de Melilla, iniciándose sendos procedimientos contra ellos. El Sr. N.D fue devuelto a Malí mediante orden de expulsión de enero de 2015 y denegación de la petición de asilo presentada en marzo de

ese mismo año. El Sr. N.T fue expulsado en noviembre de 2014, siendo desestimado su recurso administrativo de alzada.

Además del Gobierno español, en el presente proceso ante el Tribunal de Estrasburgo compareció el Comisario para los Derechos Humanos del CdE, presentando observaciones (párr. 6), habiendo sido remitidas igualmente al TEDH observaciones por las siguientes entidades: ACNUR, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Comisión española de Ayuda al Refugiado (CEAR), el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos de la Persona en Europa, Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y exiliados y la Comisión Internacional de Juristas (parr. 7). La totalidad de las mismas, en sus respectivos escritos, consideraron que España no había respetado el art. 4 Pro 4.

b) La representación legal del Gobierno de España formuló dos alegaciones preliminares. De un lado, los demandantes no pueden pretender ser “víctimas” en el sentido del art. 35 del Convenio, habiendo alegado haber participado en el asalto al puesto fronterizo de Melilla sin documentos oficiales de identidad acreditativos y con fundamento en una grabación de videos de mala calidad (parr. 56). De otro, la falta de agotamiento de la vía judicial interna, pues las decisiones administrativas de expulsión no fueron recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (párr. 62). Ambas alegaciones fueron destinadas.

En relación con la primera, el TEDH considera que, habida cuenta de los elementos de prueba que constan en el expediente, “los demandantes pueden pretender ser víctimas de las alegadas violaciones del Convenio” (parr. 59), añadiendo que no puede ignorarse que, si los recurrente no han podido aportar documentos que les identifiquen “de manera más nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados el día 13 de agosto de 2014”, se debe ante todo a que los extranjeros devueltos a Marruecos no “fueron objeto de ningún procedimiento de identificación”. Por lo demás, el hecho de que los demandantes hayan accedido con posterioridad al territorio español no les puede privar de la condición de víctimas, “ya que no se ha examinado ninguna posible violación del Convenio, incluso declarada, en el marco de los procedimientos posteriores” (párr. 60).

En cuanto al segundo óbice, el TEDH observa que el Gobierno hace alusión a las órdenes de expulsión adoptadas después de los

hechos examinados; es decir, con motivo de la segunda entrada habida en octubre y diciembre de 2014 y no en la acontecida en agosto de ese mismo año.(párr. 65). Por consiguiente, esta excepción es igualmente desestimada

c) Dos fueron en lo esencial las objeciones de fondo planteadas por el Gobierno de España: de un lado, la inexistencia de una expulsión y, de otro y subsidiariamente, el carácter no colectivo de la expulsión. Una y otra son rechazadas por el Tribunal de Estrasburgo.

La primera de estas objeciones de fondo estaba fundada en que los dos demandantes intentaron entrar ilegalmente en territorio español atravesando una frontera terrestre en lugar de formular una solicitud de entrada (párr. 70). Según el Gobierno, el derecho a entrar en el territorio español conforme lo reclaman los demandantes es contrario al sistema del Convenio, poniendo en peligro el disfrute de los derechos humanos por los ciudadanos de los Estados miembros de la UE así como de los propios inmigrantes, y procurando “grandes beneficios para las mafias de traficantes de seres humanos”, entendiéndose que una decisión del TEDH que legitimara tal comportamiento ilegal “produciría un efecto llamada, que generaría una crisis migratoria de catastróficas consecuencias para la protección de los derechos humanos” (párr. 72). Para el Gobierno el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio es compatible con el mantenimiento por España de un dispositivo de salvaguarda de las fronteras, remitiéndose a lo prevenido en la disposición adicional décima del régimen especial de Ceuta y Melilla de la LOEX, en la modificación introducida por la LO 4/2015 (párr. 76), que, de conformidad con el Código de Fronteras Schengen, distingue dos fases distintas: de un lado, la que no consiente el cruce no autorizado de la frontera y, de otro, la destinada a adoptar medidas contra las personas que hubieran superado ilegalmente la misma. En atención a lo razonado, el Gobierno concluye que el dispositivo de protección de fronteras tiene como finalidad impedir el paso de quienes omitan voluntariamente “seguir el procedimiento que permite solicitar la entrada legal”, no existiendo un derecho incondicional de los extranjeros al acceso por cualquier sitio en ningún país miembro del Consejo de Europa”. (párr. 79).

Como ya se ha señalado, la totalidad de las entidades intervinientes procedieron a desestimar las objeciones del Gobierno demandado.

En tal sentido y sin ánimo de ser exhaustivo, ACNUR recuerda que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, la prohibición afecta a los rechazos directos o indirectos (sentencia *M.S.S.*, párr. 286), recordando la necesidad de identificación de los inmigrantes y la consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas (párr. 89). El ACHUDH, de su lado, argumenta que las expulsiones colectivas constituyen una norma de derecho general internacional, implicando “el derecho al examen individualizado por medio de un procedimiento que ofrezca garantías suficientes” (párr. 90), estimando que las fronteras no son zonas de exclusión o excepción respecto de las obligaciones que derivan del respeto de los derechos humanos que incumben a los Estados, como “tampoco lo son los *no-man’s land* entre los puestos fronterizos y las zonas de tránsito” (párr. 91). El CEAR, en fin, estima que la frontera entre España y Marruecos en Ceuta y Melilla se encuentra sujeta al régimen jurídico ordinario, de manera que no hay nada que justifique la aplicación del régimen especial establecido por la ya citada disposición adicional décima de la LOEX, que por otra parte no estaba en vigor en el momento de la expulsión. Una inteligencia diferente “privaría a los extranjeros rechazados de cualquier posibilidad de alegar sus argumentos ante una jurisdicción española y no les reconocería ninguna garantía procedimental ni ninguna asistencia jurídica” (párr. 92).

d) El TEDH, como es práctica habitual, comienza recordando la jurisprudencia aplicable ya analizada en epígrafes anteriores, que puede darse aquí por reproducida, (párrs. 98-100), haciendo alusión a las seis ocasiones en que se ha estimado la violación del art. 4 Pro 4 (párr. 100).

Lo anterior expuesto, la sentencia entra a responder al argumento del Gobierno sobre la inaplicación del pasaje convencional presuntamente vulnerado como consecuencia de que no se trataría de la expulsión de una persona que se encuentra en el territorio del Estado demandado. A este propósito, el TEDH señala que la expulsión se debe de interpretar como un acto jurídico o comportamiento imputable a un Estado por el que un extranjero queda obligado a salir de su territorio, trayendo a colación su doctrina según la cual ni “la redacción” de dicho pasaje “ni sus trabajos preparatorios se oponen a la aplicación extraterritorial” (*Hirsi Jamma y otros*, párrs. 173-174). En atención a ello, el Tribunal de Estrasburgo manifiesta que no considera necesario establecer, en el

presente asunto, “si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si han sido rechazados antes de poder hacerlo, como sostiene el Gobierno” (parr. 104). En consecuencia, los demandantes que se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas fueron expulsados y devueltos a Marruecos contra su voluntad, lo que constituye una expulsión (párr. 105).

En cuanto a si la expulsión fue o no colectiva, el órgano de garantía del CEDH hace constar que los demandantes formaban parte de un grupo de entre setenta y cinco y ochenta inmigrantes subsaharianos que intentaron entrar en España, habiéndoseles aplicado una medida de carácter general, consistente “en contener y rechazar los intentos de rebasar ilegalmente la frontera (párr. 17 y 107). Las medidas de expulsión fueron adoptadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa, no habiéndose tramitado procedimiento alguno ni valorado las circunstancias concurrentes de cada persona. En un contexto semejante, el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas” (párr. 107), concluyendo con la existencia de una violación del art. 4 Pro 4 (párr. 108).

Bibliografía citada

- CHUECA SANCHO, A.G (2002): “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 1, pp. 9-36.
- DURAN ALBA, J.F. (2005): “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en García Roca, J./Santolaya, J. (Coords), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid (CEPC), pp. 885-889.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2009): “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Rev. de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 33, pp. 453-499.
- PERRUCHOUD, R. (1988): “L’expulsion en masse d’étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, núm. 34, pp. 677-693.
- QUESADA POLO, S. (1996): “La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 22, pp. 309-343.

CONTROVERSIAS DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DE LA ACTUAL EMIGRACIÓN LABORAL ESPAÑOLA¹

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

Profesor Contratado Doctor

(Acreditado a Titular de Universidad)

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Instituto de Migraciones

Universidad de Granada

1. Premisa

Establece el artículo décimo tercero, apartado segundo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene derecho *a salir de cualquier país, incluso del propio*. Con ello queda reconocida y legitimada, a nivel internacional, la posibilidad de la emigración en cuanto hecho social en el seno de los movimientos migratorios.

Éstos últimos, más allá de la perspectiva desde la que se traten y desde la ciencia desde la que sean analizados (jurídica, social, demográfica, política, etc.), tienen siempre un marcado trasfondo laboral. Es decir, el trabajo ocupa en la movilidad de las personas que los protagonizan un lugar central. El componente ocupacional está siempre en el seno de las migraciones. Muestra significativa de ello es el artículo undécimo del Convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo, que,

¹ El presente trabajo se enmarca en la actividad científica desarrollada en el marco del Proyecto I+D+i, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento, *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio: tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes* (DER2014-56019-P).

en relación a la concepción y comprensión del trabajador migrante establece que es *toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo (...)*.

El que una persona esté empleada y ocupada incide tanto en la decisión de emigrar —con la ruptura parcial de lazos sociales, laborales, familiares, económicos, culturales, etc., con el lugar desde el que se parte y la sociedad en la que se encuentra (Bello, 2011, pp. 64 y ss.)— como en la de la condición de inmigrante, de ser inmigrante en la sociedad a la que se llega —principalmente a través de la integración sociolaboral de la persona en la sociedad—. Pero es que también es motor de esta decisión el no encontrarse empleado, el no tener una ocupación en el país del que se es nacional, teniendo la edad pertinente para ello, estando capacitado jurídicamente y, llegado el caso, habiendo adquirido la formación académica y ocupacional necesaria. O, lo que es peor, el tener un trabajo precario, un trabajo no decente en los términos de la Organización Internacional del Trabajo, de los que las políticas de flexibilidad extrema sobre las relaciones laborales, en determinados casos, ha fomentado.

La no inclusión en el mercado laboral de un particular Estado de sus nacionales o el empleo precario de éstos es uno de los principales elementos y factores que impulsan la decisión de emigrar. El no tener un trabajo que permita desarrollar una vida digna es un resorte para que las personas decidan irse a otros Estados. Y, en ello, la situación de los mercados de trabajo y su desarrollo socioeconómico tiene mucho que ver. Junto a, obviamente, las políticas jurídicas de empleo que regulan e inciden en el funcionamiento de aquél.

Así pues, se ha de dejar claro que uno de los principales elementos que impulsan la decisión de emigrar y, consecuentemente, ser inmigrante en otra sociedad y comunidad, es el conjunto de circunstancias socioeconómicas desfavorables que puedan encontrar estas personas en sus lugares de origen. La emigración no es siempre un proceso voluntario, sino más bien está incitado e impulsado por un conjunto de circunstancias sociales y económicas un tanto negativas. En lógica conexión, es clave la elección del país de destino por estas personas en el que ser inmigrante, pues optarán por alguno de aquellos que se hallen más desarrollados socioeconómicamente. En el que elijan, tienen la aspiración de encontrar una actividad laboral en el mercado de trabajo que

les permita desarrollar su proyecto vital. En la emigración, por tanto, el trabajo se configura como medio ante la finalidad de conseguir un nivel de vida más digno que el que dejaron en sus países, sociedades y comunidades de origen. Motivo por el cual, a priori, las políticas de empleo de éstos últimos han de mirar a este colectivo.

2. Una panorámica general sobre la emigración laboral actual española desde la consideración del pasado inmediato

España es un claro ejemplo de la situación expuesta en los últimos años —desde, aproximadamente 2008 hasta la actualidad— en los que la crisis económica se transformó en una crisis de empleo que ha venido provocando la salida de personas nacionales hacia otros Estados atraídos por ejercer una actividad laboral de la que carecen —estando formados y capacitados para ello— pese a haber estado incorporados al mercado laboral o bien, directamente, haber sido expulsados del mismo (Monereo y Triguero, 2013, pp. XVII y ss.). O, incluso, el sentirse atraídos por una actividad laboral cualitativamente diferenciada a nivel superior con respecto a la que tienen o se ofrece en nuestro país.

Ejercen, así, estas personas, ante estas circunstancias, el derecho fundamental que constitucionalmente tienen atribuido *a entrar y salir libremente de España (...)* sin limitación *por motivos políticos e ideológicos*, ex artículo diecinueve. Se traspone así al ordenamiento jurídico interno español el derecho humano a emigrar reconocido internacionalmente, con idéntico sentido y alcance, legitimando así el hecho social de la emigración en nuestro país.

Ahora bien, en la identificación de la dimensión cuantitativa de esta realidad está el problema de las fuentes que recogen las cifras, por su diversidad y sectorialidad o, en su caso, por la particularidad. Objetivamente, en el estudio de la cuestión que nos ocupa, lo idóneo es acudir al Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero, realizado por el Instituto Nacional de Estadística.

Éste, funcionando desde 2009, muestra que en todos los países del mundo, a uno de enero del mismo año había 1.471.691 españoles en el exterior. Por su parte, a uno de enero del presente año 2017 la cifra se ha multiplicado exponencialmente, hasta llegar a los 2.406.611. Se

incrementa así esta cifra en torno a un 60% en los años del período en los que lleva funcionando el mismo. Queda constancia así del aumento notable de la emigración española hacia el exterior.

Sin embargo, la cuestión —de difícil respuesta— es si todas estas personas encajan con el perfil identificado de emigración laboral. Es así porque estos datos hay que interpretarlos matizadamente (Marmolejo, 2017, pp. 75 y ss.). El citado padrón, de conformidad con el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, sólo recoge a aquellos españoles inscritos en el registro de matrícula de cada Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de las Misiones Diplomáticas. Proceso que conlleva, automáticamente, la baja en el padrón español y la acreditación del traslado de la residencia permanente al país de destino.

Si son consultadas sus cifras con mayor detenimiento, amén de encontrar a personas que no forman parte de la población que se puede considerar como activa, claramente se manifiesta que una parte de los inscritos son ciudadanos no nacidos en España. Es decir, los colectivos incluidos en la Ley de Memoria Histórica —hijos y nietos de emigrantes españoles entre julio de 1936 y 1955 que han solicitado la nacionalidad española— e hijos de nacionales de terceros estados extranjeros inmigrantes que han regresado a sus países de origen. Interrogante éste que, en cualquier caso no viene a negar la realidad coyuntural de la emigración laboral española actual por los motivos apuntados, pues las cifras siguen siendo sustancialmente significativas e ilustrativas de la tendencia apuntada.

Adicionalmente, a ellas habría que sumarles las de todos aquellos españoles en el exterior que, o bien no se han inscrito en el registro pertinente, o que, directamente, emprendieron su experiencia emigratoria con un visado de turista o permaneciendo en esta situación —dentro o fuera de las fronteras de la Unión Europea— a la búsqueda de un empleo para, a posteriori, habiendo encontrado trabajo, intentar regularizar su situación migratoria en el país de destino (Rodríguez, 2017, pp. 39 y ss.).

En cualquier caso, esta cuestión suscitada, la emigración laboral desde el interior de nuestras fronteras hacia otros Estados no es nueva. En nuestra historia reciente ha habido otros momentos en los que se ha producido, estando o no tan claramente identificada con este motivo y con la política de empleo.

Y es que atendiendo a nuestra historia más reciente preconstitucional, en España durante el régimen franquista hubo una emigración

masiva hacia otros países europeos e, incluso, hacia otros continentes y regiones del planeta. Se justificaba la misma sobre la base del escaso desarrollo económico y social imperante, que impedía hacer efectivas oportunidades de trabajo para las personas. Pero también se consideró a esta emigración como político-ideológica, por ser sustancialmente las personas que emigraron de la ideología política contraria al régimen. No se ha de obviar, en el trasfondo de esta última, el contenido económico-laboral también, porque si no había grandes posibilidades de acceder a un trabajo para las personas afines o ideológicamente seguidoras del régimen por la pobreza en la que estaba sumida la sociedad española, menos lo iba a haber para las personas opuestas al mismo.

La consecuencia inmediata fue el hecho objetivo de que España se conformó a nivel internacional como un país de emigración, por la ausencia de un desarrollo socioeconómico de conjunto (Sánchez, 2010, pp. 108-112). Una emigración laboral: las personas abandonaban su país de origen para trasladarse al extranjero con ánimo de trabajo (Galiana, 1995, pp. 2708-2711; Charro, 2009, p. 580), a fin de poder desarrollar un proyecto de vida en unas condiciones mejores que las que encontraban en España.

Desde esta concepción y partiendo de que la emigración es un fenómeno económico y social y no estrictamente jurídico, por más que toda realidad jurídica tenga su sustrato en la realidad socioeconómica (Alonso, 1966, p. IX), el soporte jurídico-legal de esta emigración se encontraba en la Ley 33/1971, de Emigración. Ésta se hallaba claramente orientada hacia un fomento de la emigración, pero desde una perspectiva muy particular. No mencionaba y, por tanto, ignoraba, la dimensión política directamente conectada a la laboral antes apuntada. Era una Ley de marcado carácter laboral que no consideraba el exilio.

Atendiendo a esta premisa estableció, en primer lugar, la posibilidad de que los emigrantes se acogiesen a un conjunto de planes, operaciones y programas para facilitar el desplazamiento y el acceso al empleo y a un trabajo en el país que les acogiese; y, en segundo lugar, todo un elenco de medidas, de un lado, de marcado carácter social, educativo y cultural y, de otro lado, de formación profesional e integración laboral. Una regulación jurídica de la emigración, a priori, correcta, vinculada a una efectiva política de empleo, que trataba de impulsar la integración de estas personas en la sociedad y entorno de destino. Estaba latente formalmente, por tanto, una preocupación del Estado por sus ciudadanos en el

exterior con el trasfondo del interés político de evitar el aumento de los desempleados en los momentos de incertidumbre y de reestructuración económico-productiva que estaba viviendo España en la década de los setenta del siglo pasado (Rojo, 2002, p. 1537).

Esta tendencia emigratoria descendió con la caída del régimen, pero la pobreza socioeconómica en la que estaba sumida España, así como la falta de oportunidades consecuente y el incierto futuro político que se abría, continuaba siendo causa de emigración, si bien en unos niveles más moderados. Todo ello por más que en la propia Ley 33/1971 también se tuviese en cuenta el retorno de estas personas mediante un conjunto de programas consistentes en ayudas orientadas a su inclusión en el maltrecho mercado de trabajo nacional.

3. La Constitución y los emigrantes laborales españoles

Teniendo presente la realidad social española del momento histórico que se vivía, el constituyente decidió incluir en la redacción del nuevo texto constitucional de 1978 un artículo expresamente dedicado a la emigración, el artículo cuarenta y dos. Por medio de éste es competencia del Estado velar por *la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero*, orientando su *política hacia el retorno* de los mismos. Se avanza así en la política jurídica de emigración. Y de emigración laboral, pues expresamente se cita y menciona a las personas en su condición de trabajadoras.

De este precepto se desprende el compromiso estatal por la puesta en marcha de una política jurídica de emigración con dos claras finalidades, siguiendo así, a priori, el espíritu de la propia Ley ya citada pero obligadas a reinterpretarlas ante su encuadre y conexión con otros preceptos constitucionales en cuanto principio rector de la política social y económica de nuestro país: en primer lugar, una protección decidida de los derechos sociales y económicos de las personas españolas en el exterior; y, en segundo lugar, el retorno de éstas.

Este compromiso y finalidades, tanto con las restricciones y recortes presupuestarios como con la contención en el gasto público con los que se vienen afrontando los desequilibrios económico-financieros en los últimos años, es posible que, más que nunca, estén seriamente puestos

en entredicho cuando a un incremento progresivo de la emigración — como el que manifiestan las cifras citadas— se le corresponde, desde el ámbito político, con una reducción constante de la partida presupuestaria dedicada a la atención de este colectivo y de sus derechos sociales y económicos. Muestra ilustrativa es que los Presupuestos Generales del Estado de 2016 destinan 69,5 millones de euros para este colectivo, cerca de un 1,5% menos que con respecto al 2015. Y para el presente año 2017, los mismos destinan 2303 millones de euros a acción social —dependientes, migrantes, extranjería, etc...

En cualquier caso y formalmente, más allá de esta circunstancia particular coyuntural de carácter económico que puede afectar a la propia funcionalidad social del artículo, las finalidades apuntadas confluyen en el auténtico y genuino sentido de este precepto constitucional. Desde la consideración de las personas emigrantes como un colectivo que requiere una especial atención (López, 2012, p. 2048), el Estado amplía sus fronteras para intervenir en los Estados donde se encuentran las personas trabajadoras nacionales en aras de salvaguardar y hacer efectivos los derechos sociales de los mismos ante la imposibilidad de dar cumplimiento y dotar de contenido al derecho al trabajo recogido constitucionalmente en el artículo treinta y cinco en cuanto derecho social de marcado carácter de libertad y de prestación.

Encuentra justificación así el hecho de que el Estado ha de orientar igualmente su política jurídica hacia el regreso o retorno de estas personas, para que así puedan cumplir el deber de trabajar, que recoge igualmente el citado artículo.

Ante ello, en consecuencia, se reorienta el sentido de la política — que llega hasta nuestros días— evolucionando desde una concepción estrictamente emigratoria laboral a otra de no emigración. Compete al Estado garantizar el derecho a una vida digna y de calidad dentro del propio territorio nacional (Rojo, 2002, p. 1539), para lo que es consustancial la materialización del derecho y el deber de trabajar.

La responsabilidad e intervención estatal en la política jurídica de emigración se fundamenta constitucionalmente, pese a su consideración formal y material como Estado social autonómico con un nivel de descentralización competencial en sus distintos aspectos muy elevado, tanto cuantitativa como cualitativamente. Y es que en el supuesto concreto de la política de migraciones, la Constitución delimita en su artículo ciento

cuarenta y nueve, apartado primero, punto segundo, que *inmigración, emigración y extranjería* son *competencia exclusiva* del Estado. Esta literalidad supone, desde el formalismo jurídico más estricto, la atribución al Estado español de la competencia única en materia de emigración, inmigración y Derecho de Extranjería. Por tanto, se deduce formalmente que la política puesta en marcha por el Gobierno atendiendo al marco jurídico-político correspondiente es parte de las competencias exclusivas estatales.

Sin embargo, el transcurso de los años desde la aprobación de la Carta Magna y la creciente relevancia y presencia de las migraciones en la sociedad española hasta nuestros días ha conllevado que, pese a su formalidad, esta competencia, por su transversalidad, haya presentado una estrecha conexión normativa-institucional con las Comunidades Autónomas y las competencias sectoriales adquiridas por ellas, especialmente a través de la asistencia sanitaria, educación, servicios sociales, integración social, etc. Es clave, al respecto, comprender que la propia Constitución es la que ha dibujado una organización territorial a cuyos entes dota de autonomía y les atribuye competencias propias en unos casos o les hace beneficiarios de competencias estatales susceptibles de ejecución o de delegación. E, igualmente, la legislación estatal apela a la acción coordinada de los diversos niveles de gobierno y de administración.

En este sentido, paradigmática es, respecto a la emigración, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. En su artículo primero, apartado segundo, se ratifica esta responsabilidad protectora estatal junto a las Comunidades Autónomas por igual y, en el artículo primero, apartado cuarto, se expresa que los objetivos y las finalidades de la Ley se comprenden independientemente a las competencias que ostenten las propias Comunidades Autónomas. Asimismo, desde la perspectiva del retorno que incluye esta Ley, corresponde la promoción de la política integral de retorno al Estado en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales —*ex* artículo veintiséis, apartado primero— (Durán, 2017, pp. 639 y ss.).

4. Ámbito subjetivo de la emigración laboral española

En tanto en cuanto la Constitución alude al colectivo de emigrantes laborales españoles en aras de su tutela y retorno, así como establece el

marco competencial sobre la regulación de los mismos, sin embargo, obvia el intento de una definición total o parcial de los mismos. Tan sólo, como ya se ha mencionado, se ha de entender que son personas trabajadoras. Pero nada más.

En este sentido, persiguiendo cubrir este vacío y dotando de mayor sentido al precepto constitucional aludido, el artículo segundo de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, entiende por ciudadano español en el exterior —por extensión y conexión constitucional en tanto en cuanto Ley desarrolladora de este marco, emigrante laboral español— aquella persona que, estando en posesión de la nacionalidad española, reside temporal o permanentemente fuera del ámbito geopolítico que compone y define España realizando una actividad profesional —sobre éstos se focaliza la atención—, así como a los retornados para fijar su residencia —con idéntica nacionalidad antes del regreso— y a sus familiares (cónyuge no separado legalmente, pareja con relación análoga a la conyugal y descendientes hasta el primer grado discapacitados o menores de veintiún años o mayores de esta edad a su cargo).

Queda ampliado, por tanto, legalmente, el ámbito subjetivo del emigrante laboral español al inicial definido constitucionalmente (Álvarez, 2009, 257-259). Ampliación jurídico-legal en la que se obvia mención expresa al fundamento ya apuntado que sustenta la emigración. Todo ello se corrobora cuando en la exposición de motivos del texto legal en cuestión se manifiesta que *el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto engloba a todos los españoles en el exterior*. Entra este planteamiento en consonancia con las cifras y la problemática inherente a la interpretación de los datos cuantitativos ofrecidos por el Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero.

5. La insuficiente perspectiva laboral en la regulación jurídica vigente de la emigración en la Ley 40/2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior

La citada Ley 33/1971, de Emigración, estuvo en vigor, si bien con rango reglamentario, hasta comienzos del siglo XXI, cuando en el año 2006 —en plena consideración internacional de España como país

receptor de inmigración extranjera— se aprobó la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. Esta circunstancia encontró también justificación en el hecho de que, poco a poco, progresivamente, la emigración se estancó y ya en los años 80 cambió el ciclo. España comenzó a ser, de un modo muy incipiente aún, destino de personas extranjeras. Tendencia ésta última que, todavía hoy pese a las circunstancias socioeconómicas apuntadas, persiste.

Desde este punto de partida, los planteamientos expuestos y analizados han estado seriamente sobre la mesa desde los inicios de la crisis económica en el 2008 y su conversión en una crisis de empleo, planteando retos políticos y de ordenación jurídica hasta el momento actual, en el que se vislumbra una incipiente recuperación asentada en la flexibilidad extrema imperante en el mercado laboral.

Tal es así que, en la realidad social actual nacional, coexiste una menor proporción de inmigración extranjera con el fenómeno —por su coyunturalidad— dominante de la emigración (Fernández, 2017, p. 26) de un porcentaje elevado de la población española —principalmente jóvenes, pero no exclusivamente— hacia otros países —de la propia Unión Europea o de fuera de la misma— con mayor desarrollo socioeconómico para la búsqueda de oportunidades laborales (Domingo y Blanes, 2015, pp. 95 y ss.), ante la carencia de las mismas —paradigma de esta circunstancia es el desorbitado número de desempleados existentes en el momento actual, cerca de los tres millones y medio— o, en su caso, sus negativas y/o precarias condiciones, facilitadas e impulsadas también por las últimas reformas laborales y ajustes sociales.

Cobra así, de nuevo, importancia en la política jurídica actual la mencionada Ley 40/2006. Una relevancia que, ahora más que nunca es clave, pero en cuya redacción se hace patente y refleja el momento histórico en el que se elaboró y aprobó ésta. Una fecha, 2006, en la que España era claramente un país receptor de inmigración extranjera y en la que la emigración —particularmente la laboral— se contemplaba desde la óptica de una opción del pasado que no volvería a repetirse, como se desprende de la concepción de la misma en la exposición de motivos en cuanto fenómeno de la historia española hasta más allá de mediados del siglo pasado.

Asimismo, reflejo de ello no es sólo su amplio ámbito subjetivo, sino también la consideración en el texto jurídico-legal de tres tipos

de emigración: política, económico-laboral y trabajadores desplazados. Estas tres categorías, claramente, se pueden reducir o reconducir a dos: la primera, la política, resultante todavía de motivaciones político-ideológicas con fundamento en la Guerra Civil y, la segunda, laboral en sentido clásico, en la que perfectamente se puede incluir tanto la laboral de la Ley —emigración tradicional ante la carencia de oportunidades en el mercado de trabajo nacional— y la de trabajadores desplazados al exterior como vía de ascenso y progreso personal y profesional. Se muestra aquí, en este último subtipo, la influencia del contexto socioeconómico vigente en el año 2006 en España, pues ésta última en el texto legal aparece como novedad destacada del mismo y la que le precede como la producida en la posguerra, en el pasado y a modo de historia pasada.

La Ley tiene un espíritu y sentido claramente orientado, de una parte, a la garantía de la igualdad real y efectiva de los españoles en el exterior, coincidiendo así con el espíritu tuitivo del artículo cuarenta y dos de la Constitución; y, de otra parte, a la garantía de la libertad de emigrar, valorándola y vendiéndola positivamente. Queda ignorada relativamente, en consecuencia, la vertiente constitucional del retorno, por más que dedique expresamente el título segundo a la misma desde una concepción integral de esta política en el que la voluntad —apoyada por medidas institucionales, económicas y sociolaborales— es nuclear.

Pero la concepción jurídico-legal de la emigración laboral como historia pasada ha fracasado. Así lo demuestra el momento actual y la realidad del mercado de trabajo español a lo largo de los últimos años. Es la falta de oportunidades para acceder de un modo efectivo al mercado de trabajo y la imposibilidad de materializar el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, el principal impulso y la motivación nuclear existente en la población española que emigra. Y, precisamente, en materia de empleo, esta Ley es deficiente para proteger a estas personas porque se ha de reiterar que se concibe y aprueba la misma en un momento en el que España es país de inmigración, no vinculándose, como consecuencia, a la política de empleo.

Si la emigración, como se ha advertido, es también laboral en un sentido clásico, muestra de esta deficiencia queda claramente recogida en el artículo veintidós, titulado derechos en materia de empleo y ocupación. Es así porque: en el apartado primero se comprende la protección para la búsqueda de trabajo y la mejora de las posibilidades

de ocupación una vez que se está en el exterior, y no aquellas personas que, estando en España, emigran ya con un contrato de trabajo o con contactos previos realizados al efecto; en el apartado segundo, se contempla el desplazamiento de españoles como oportunidad de éstos para mejorar y progresar en el trabajo que ya está realizando para empresas radicadas en el exterior, velando por las condiciones en que se realiza aquél; y el apartado tercero remite implícitamente a la inmigración, pues el Gobierno establecerá visados de búsqueda de empleo de tratamiento preferencial, conforme a la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, para personas extranjeras que sean hijos o nietos de españoles de origen.

Es necesario, en este sentido, no sólo repensar este texto jurídico-legal desde la realidad presente del momento, sino adecuarlo —con o sin reforma— a la emigración española de los presentes años de la segunda década del siglo veintiuno y conectarla con una política efectiva de empleo. Marco jurídico y realidad social han de conectar de un modo eficiente, precisamente para la adecuada regulación de ésta última. La primera ha de sentar las bases adecuadas para la segunda y no al contrario. No ha de plegarse la ley a la realidad y sí la realidad a la ley. Sobre todo cuando también, desde el ámbito político, no se trata de crear las oportunidades de trabajo ni cuantitativas —adecuadas al nivel de demanda— ni cualitativas, en términos de empleo estable, seguro y de calidad para la población que se ve obligada a emigrar.

La descapitalización de España es una realidad en el contexto de las migraciones que se producen en el momento actual (Valero, Mediavilla, Valero y Coca, 2015, pp. 63 y ss.). Y, desde la perspectiva de la política de empleo, ha de constituirse materialmente en colectivo destinatario prioritario de las políticas activas de empleo, a priori. Pero, a medio camino y a posteriori, sorprende que el colectivo sea objeto de planes de acción política sectoriales en los que se le fomenta su empleabilidad en términos de precariedad o, incluso, se impulsa su emprendimiento en unos momentos económicos precisamente no favorables. El desarrollo socioeconómico que ofrezca oportunidades de empleo para las personas, tengan la condición que tengan, está lejos así de conseguirse, convirtiendo a España en un país en el que tanto la emigración como la inmigración se reequilibra y acontece, pero en términos precarios.

6. La emigración laboral en la Ley de Empleo: revisión crítica de una potencial necesidad de consideración para el colectivo emigrante en la política de empleo

La vigente Ley de Empleo, reformada por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, en su artículo treinta centra su atención en especificar un conjunto de colectivos prioritarios —jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, personas con discapacidad o en situación de exclusión social e inmigrantes— a los que, en el marco general de la política de empleo, prestar una especial atención e interés por parte de los operadores político-jurídicos para hacer efectiva su empleabilidad y, por tanto, encontrar una actividad laboral en la que ocupar a sus integrantes.

Se deja patente ya cómo, pese a su reforma reciente en el tiempo, el legislador obvia de forma específica la inclusión del colectivo emigrante y la situación del mercado de trabajo actual en conexión con la dimensión social y económica. No considera a las personas que se hallan en nuestro país y que se ven forzadas a emigrar ante su situación de desempleo y la falta de oportunidades o por la ocupación de un empleo precario. No atiende a esta realidad.

Este artículo treinta forma parte del conjunto de preceptos que conforma tanto el título segundo del texto legal —servicios del Sistema Nacional de Empleo prestados por los servicios públicos de empleo— como, más concretamente, su capítulo segundo, acceso de las personas desempleadas a los servicios. Basta recordar al respecto, adicionalmente, que estos emigrantes laborales son personas que, normalmente, con carácter previo a su proceso de emigración, se encuentran en desempleo.

Ahora bien, el hecho de que en este artículo aparezcan enumerados una serie y conjunto de colectivos de personas a los que, desde las políticas activas de empleo prestar una atención específica, no significa que los mismos sean los que quedan recogidos. No es una enumeración cerrada ni taxativa, pues en el mismo artículo se utiliza el adverbio *especialmente*. Esto quiere decir, implícitamente, que las fronteras y delimitación de los mismos serán movedizas atendiendo al momento concreto. Se ha de tener en consideración que estos colectivos se pueden definir coyunturalmente según un conjunto de variables socioeconómicas y

de circunstancias personales en las que presenta una influencia directa la situación económica, social y política que se viva en el marco de la comunidad y sociedad en la que se encuentren.

En este sentido, al ser estos colectivos un concepto jurídico indeterminado, atendiendo a las variables del carácter citado podrán aparecer nuevos grupos atendiendo al momento histórico o, incluso, configurarse a su vez subgrupos de entre los mismos establecidos. De aquí la necesidad de considerar al colectivo emigrante en la coyuntura actual (Gómez-Millán, 2011, pp. 355-360). Es por ello por lo que la Ley de Empleo, por ser una norma básica y general, optó en su momento de un modo un tanto incorrecto por enumerar a unos colectivos concretos. Error repetido tras su última reforma de conjunto, como ya se ha manifestado. No se ha incluido al colectivo de emigrantes laborales.

A sensu contrario debería de haber establecido una regulación de las condiciones por las que unas personas puedan ser reunidas bajo un mismo grupo y ser consideradas colectivo prioritario, pero no establecer ni concretar los mismos. Con el paso de los años, la situación social, económica y política del país evoluciona apareciendo o desapareciendo colectivos en la sociedad, mientras que los casos concretos enumerados por el legislador no —a no ser que sea reformado el texto legal y sean tenidos en consideración por el legislador, como así no ha sucedido—. Se ha demostrado fehacientemente que no se tiene a este colectivo en la agenda.

Pese a todo, sí se ha de dejar constancia de un interés y tendencia jurídico-legal de concreción subjetiva y sectorializada por colectivos de las generales políticas activas de empleo y sus destinatarios principales (Olarte, 2008, pp. 19-20). Se viene a concretar así la propensión —también convirtiéndose en modelo de la misma— por la que la política de empleo ha evolucionado y pasado de tener un carácter general e indiferenciado a otro concreto y selectivo por grupos atendiendo a las dificultades de su empleabilidad e inclusión en el mercado de trabajo (Molina y Molina, 2004, pp. 42-43). Es este planteamiento el que, desde una perspectiva optimista, puede empujar decididamente a dirigir la atención sobre este colectivo de emigrantes laborales de cara a la necesidad de su inmediata atención y consideración como colectivo específico para su integración sociolaboral.

En este sentido, desde una perspectiva general, las políticas activas de empleo aglutinan un conjunto de medidas jurídico-políticas de

distinto contenido que tienen la principal misión de afectar al mercado de trabajo, con la pretensión e intención básica de aumentar el nivel de empleo. Su finalidad, por tanto, entronca directamente con una de las motivaciones centrales de la propia Ley y que siempre se demanda: el objetivo de incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y la mejora de las oportunidades de incorporación al mismo en aras de la consecución del pleno empleo. Si esta finalidad se materializa, de un modo claro y directo se frena la emigración.

Pero, claro está, para que se consiga el tan ansiado pleno empleo, es necesario una igualdad real y efectiva para todas las personas en las oportunidades de acceso a un empleo y, por tanto, al mercado de trabajo. Y, si existen algunas de éstas —potencialmente trabajadoras también, pues se hallan en la edad para ello y con las condiciones y aptitudes debidas— que, por determinados condicionantes adicionales —paradigmáticamente, sexo, nacionalidad, situación, edad, etc.— originan grupos y colectivos concretos que encuentran limitadas materialmente sus oportunidades de acceso al mercado de trabajo, este objetivo queda en entredicho y mera retórica jurídica. Y esto es lo que hay que evitar. Muy particularmente, respecto al colectivo emigrante laboral. Si funciona el mercado de trabajo, el proceso de emigración laboral hacia el exterior de nuestras fronteras es más difícil que acontezca. Así lo demuestran las cifras de emigración de españoles. Se manifiesta así de una forma evidente la conexión existente entre política de empleo y emigración.

En cualquier caso, al margen de los aspectos y dimensiones formales propias a la realidad jurídica, también se ha de atender a la realidad social más inmediata y sus dimensiones materiales para que ambas converjan y no transcurran paralelas. En este sentido, las políticas activas de empleo pueden tener distintos contenidos: el propiciar el encuentro entre ofertas y demandas de empleo, la creación de nuevos puestos de trabajo y la adecuación cuantitativa y cualitativa de la demanda de empleo a los propios caracteres intrínsecos y propios del mercado de trabajo (De La Casa, 2010, pp. 535-536).

Es en éste último contenido en el que mejor se ubica y de un modo más correcto el propio sentido y funcionalidad del citado artículo treinta, sin obviar la evidente conexión con los demás, sobre todo en aras de cumplir, conseguir y cubrir el objetivo máximo jurídico-legal del pleno empleo. Desde las entidades pertinentes, se ha de analizar

el perfil de las personas emigrantes laborales de nuestro país y diseñar políticas activas de empleo específicas para los sectores de población más afectados, más allá de su consideración como colectivo necesitado de atención en el momento actual.

En su marco y en conexión con los demás, es en el que se deben de poner en marcha programas y medidas político-jurídicas destinadas — primordial y esencialmente— a un conjunto de colectivos prioritarios que pueden presentar dificultades para su empleabilidad, entre los que imperiosamente hay que considerar a los emigrantes laborales, por condiciones adicionales intrínsecas a su persona.

El primer artículo de la Ley de Empleo alude expresamente a estos programas de un modo general y, por tanto, no particularizando expresa y formalmente para colectivos concretos. Material e implícitamente, la atención a los mismos se debe entender comprendida —bien específicamente o bien transversalmente— en los distintos programas y medidas. Precisamente y como parte de la definición técnica, jurídica y legal de la política de empleo, el Estado y las Comunidades Autónomas las deben de adoptar para la consecución del pleno empleo y, consecuentemente, la reducción de las situaciones de desempleo.

Muestra ilustrativa de ello lo constituyó la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013/2016, puesta en marcha por el Gobierno español y desarrollada jurídicamente a través tanto de diferentes reformas sobre la legislación sociolaboral como de normas específicas sobre algunos de sus contenidos. O el actual plan de choque por el empleo juvenil, acordado en la decimocuarta mesa de diálogo social, de 28 de septiembre de 2017, aún por implementar jurídicamente.

Pero si el pleno empleo aludido no ya no se consigue, sino que ni siquiera hay una tendencia positiva en la creación de empleo orientada —en mayor o menor lejanía— hacia aquél, también es objetivo de esta política de empleo, pero en su vertiente de pasiva, la debida protección ante la misma.

Queda manifestada así la relación más directa entre política de empleo y los principios rectores de la política social y económica constitucionalmente establecidos coincidentes con tales aspectos, recogidos tanto en el artículo cuarenta, apartado primero, *in fine* —realización de una política orientada al pleno empleo— como en el cuarenta y uno —protección social, especialmente en caso de desempleo—. Preceptos

ambos en estrecha conexión, como ya se ha apuntado, con el sentido y el alcance que tiene el propio artículo cuarenta y dos de la Constitución y la responsabilidad estatal tuitiva en la materia en conexión con aquéllos.

Ahora bien, como contrapunto, esta atención específica a colectivos concretos para la consecución de su empleo no concretando si de calidad o no —si bien en la propia definición jurídico-legal general sí se alude expresamente a la misma— encaja más en la propia filosofía del modelo de *workfare state* que en el de *welfare state* (Suárez, 2016, pp. 7-8). Es decir, en la finalidad político-jurídica de la consecución del pleno empleo y la protección frente al desempleo, tiene más relevancia e importancia para la cobertura de necesidades básicas y la procura existencial la protección que reciba la persona derivada directamente sólo del trabajo realizado, frente al Estado de bienestar y su protección universal e igualitaria.

Muestra ilustrativa y clara de esta circunstancia se produce con la asistencia sanitaria vinculada al derecho fundamental a la salud. Tras la reforma estructural del Sistema Nacional de Salud acometida por el Real Decreto-Ley 16/2012 no sólo se reformula, siguiendo la tendencia apuntada, la condición de asegurado (trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; pensionistas del sistema de Seguridad Social; perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social; y aquellos que tras haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren inscritos como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título), sino que también, en conexión con una posible emigración laboral temporal a otro Estado, se excluye de esta asistencia a aquellos españoles que, no estando ocupados, permanezcan en el extranjero durante más de noventa días en el período de un año natural (Rodríguez-Rico, 2017, pp. 67 y ss.).

En este sentido, el encaje de personas desempleadas en colectivos prioritarios sobre los que mantener el control para su posterior empleo y dedicación de medidas específicas, es más propio de un Estado social activo que de un Estado social pasivo de tradición eminentemente keynesiana. Filosofía que, ante su extensión, de nuevo ha obviado a la emigración, no prestándole la debida atención, como demuestra el hecho de que el flujo de personas emigrantes no se ha frenado y sí ha continuado.

Pese a ello, no se ha de obviar y sí apuntar para realzar su valor el marco jurídico-político en el que quedan encuadradas estas políticas activas dedicadas a colectivos específicos, como es el Estado social de Derecho. Sus implicaciones, sentido y alcance más inmediato en relación a la atención prioritaria para el empleo de posibles emigrantes laborales como integrante de un colectivo desfavorecido —indistintamente ya a su consideración formal o material— refuerzan el carácter de su aparición como un modelo estatal orientado a la realización de la justicia social y protección de los más débiles en aras de una igualdad formal y material, en la que los derechos sociales fundamentales adquieren relevancia para ello.

Muestra y paradigma es el caso del derecho al trabajo constitucionalmente establecido y, por extensión y propia lógica, del derecho al empleo, con fundamento en la relación entre la dimensión individual del primero en el artículo treinta y cinco de la Constitución y su dimensión colectiva a modo de principio rector de la política social de realización del mismo —pleno empleo—, *ex* artículo cuarenta y uno de aquélla. Y es que si se materializan éstos, se está actuando directamente sobre la emigración, tratando de erradicarla. Una eficaz política de empleo asentada en los citados preceptos constitucionales constituye, implícitamente, una actuación jurídico-política sobre la emigración y sus protagonistas.

Por lo tanto, al margen de su calificación como principio rector de la política social en su dimensión colectiva, este derecho adquiere una condición de social muy relevante y fundamental, hasta el punto de poder ser considerado como parte del modelo del Derecho Social y, por ende, ser un derecho social del empleo y un derecho social al empleo. Más concreta y paradigmáticamente se manifiestan rasgos propios del modelo: la puesta en marcha de acciones diferenciadas para igualar materialmente mediante políticas activas concretas dirigidas a los colectivos prioritarios recogidos legalmente; la focalización de su atención en grupos al proponer la creación de estatutos para diferentes colectivos; y la tendencia a una igualdad de oportunidades real entre grupos de personas en su condición —efectiva o potencial— de trabajadores.

Ésta, que sería la situación formal lógica desde la que plantear una política frente a la emigración desde la política de empleo, conectándola ambas, no acontece en el momento actual para el colectivo de personas emigrantes laborales españoles. Pierde así efectividad el derecho social y el derecho social al empleo.

Sobre todo, cuando se ha de considerar que para las políticas activas de empleo destinadas a colectivos específicos y necesitados de una atención especial, así como para las acciones jurídico-políticas derivadas de ellas, este derecho al empleo se constituye y conforma para sus integrantes, a su vez, en un derecho de inserción. Un derecho de inserción por el empleo frente o ante la opción de la emigración. Éste trata, ante todo, de incluir activamente en el mercado de trabajo a potenciales personas emigrantes que tienen dificultades de inclusión y que, por tanto, aparecen como vulnerables. El acceso al empleo y el trabajo aparecen no sólo como elementos de integración laboral, sino lo que es más importante, también de integración social ante su posible exclusión social o, llegado el caso, emigración.

Desde este presupuesto, es necesario que los integrantes de los colectivos prioritarios —tanto formalmente como, incluso, por la necesidad, materialmente— estén incluidos en el mercado de trabajo. Si estas personas de estos grupos no se emplean, se convierten en colectivos vulnerables ante la exclusión social. Ahora bien, las políticas activas de empleo específicas destinadas para ellos tienen la misión trascendental de que no la lleguen a padecer. El objetivo jurídico-legal y constitucional del pleno empleo se transforma en un mandato político-jurídico de no aceptación de la situación de exclusión social de la persona, ni individualmente considerada ni como parte de un colectivo más amplio. Y, en conexión con el artículo cuarenta y dos del propio texto constitucional, evitar su emigración garantizando aquél y, llegado el caso que esto no se produzca, tutelar sus derechos sociales y económicos procurando su pronto retorno.

La concepción clásica de exclusión social se refiere a la posible no inserción de las personas en el mercado laboral (Rodríguez-Piñero, 2009, p. 1). Está presente, pues, la contraposición entre integración laboral y exclusión social. Paradigma de ello es el propio artículo segundo, apartado d), de la vigente Ley de Empleo, pues claramente se expresa como objetivo de la política de empleo el *asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a los colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral*. Explícitamente, tanto estos grupos se convierten en elemento central de la política de empleo como la política de inserción e integración social se incluye también en la anterior. Frente a ella, se presenta implícita, simultánea y

conectadamente la emigración laboral a la que se ha de responsabilizar al Estado y frente a la que éste tiene que tutelar y proteger a sus protagonistas una vez acontecida.

Con carácter general, en la constitución y conformación de estos colectivos, es clave la mayor o menor estructuralidad y generalización de la exclusión social, del conjunto de procesos, situaciones y mecanismos que afecten directamente a las personas para estar fuera de los márgenes de la participación en la vida social y económica de la comunidad y sociedad. Precisamente, entre el colectivo de emigrantes, la solución para evitar esta situación y/o, directamente, superarla, es la propia emigración del país y sociedad. Consecuentemente, esta exclusión se proyecta sobre la carencia de un empleo digno, de una justicia social y del acceso a los derechos sociales de ciudadanía básicos —salud, educación, etc.— como derechos humanos fundamentales. La falta de todos estos elementos y oportunidades es la que relaciona directamente a esta exclusión social con los conceptos de pobreza, emigración, dualización o fragmentación social.

Sin embargo, estas intenciones jurídico-legales se encuentran en cierta medida alejadas de la realidad más cercana. Y es que el mercado de trabajo español presenta una clara segmentación entre una población trabajadora cualificada y no cualificada, teniendo mayor peso ésta última.

Es el mercado de trabajo segmentado no cualificado precisamente el que actúa como principal foco de atracción para los nuevos empleos, pues necesita de un mayor volumen de mano de obra para la realización de trabajos que no se encuentran bien remunerados, con peores condiciones laborales, etc. Se constituyen y conforman auténticos nichos laborales de trabajos precarios. Estos elementos hacen que, pese a que las personas se incluyan en el mercado de trabajo, se rompa la clásica lógica conceptual de la exclusión social. El riesgo de padecer la misma puede aparecer de nuevo porque el trabajo remunerado y sus condiciones —significativamente la carencia del acompañamiento de diferentes modos de protección social— son de mala calidad, originándose así una pobreza laboriosa (Rodríguez-Piñero, 2009, p. 10) o precariado (Vallecillo y Molina, 2013, p. 74). En estas condiciones, la importancia del trabajo como medio y elemento de lucha frente a la exclusión social, queda relativizado. Circunstancia que, adicionalmente, actúa como resorte hacia la emigración como salida a esta situación.

Por el contrario, el segmento del mercado de trabajo con población cualificada es más reducido que el anterior, con condiciones más dignas y mediante las cuales sí se sigue manteniendo la lógica del trabajo como elemento de integración social y lucha contra la exclusión social. Este tamaño reducido del mercado de trabajo cualificado es el que provoca también precisamente la emigración laboral, pues cada vez más hay personas cualificadas aptas para emplearse que no disponen de una oportunidad en su seno. Y, antes que caer en la exclusión social siguiendo la lógica apuntada, deciden emigrar.

Frente a esta clara división y estructura, la tendencia se ha tratado de corregir a raíz de la crisis económica de finales de la primera década del siglo XXI. Una de sus consecuencias más directas y devastadoras fue su conversión en una crisis de empleo. Hubo una destrucción de empleo sin precedentes en la historia que afectó muy específicamente a la población trabajadora no cualificada. Entre otras medidas y dando cumplimiento al objetivo tercero de la política de empleo establecido en el artículo segundo de la Ley de Empleo, desde el ámbito político se impulsó una formación para el empleo con una pretensión concreta tanto objetiva —elevación de los niveles de cualificación de las personas trabajadoras en el segmento del mercado de trabajo indicado— como subjetivamente —orientado especialmente hacia colectivos concretos entre los que se encuentran los enumerados en la Ley de Empleo, al verse éstos muy afectados— a fin de aumentar la empleabilidad de las personas trabajadoras en sectores y actividades de mayor calidad para así corregir la fractura de nuestro mercado.

El problema, con respecto a la emigración laboral, es que esta formación cualificada se ha generalizado ya durante los años que se lleva padeciendo en nuestro país la crisis de empleo, siendo precisamente esta población formada y cualificada a costa de las arcas estatales la que está emigrando y de la que se están aprovechando otras economías nacionales empleándolos y ofreciéndoles una oportunidad. Y ante esta paradójica situación, ni el legislador ni la política de empleo han actuado. Se fractura la relación entre política de empleo y emigración laboral, perdiendo la primera efectividad como consecuencia de la producción de la segunda. No ha habido, ni hay, una política de empleo orientada decididamente a frenar la emigración laboral (Alba y Fernández, 2015, pp. 10-19).

Se alude a la debilidad del modelo laboral español y de la política jurídica que lo materializa (basta atender al preámbulo de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), pero realmente a lo que hay que prestar atención para que éste funcione es al modelo productivo. Precisamente, en relación al mismo, si éste avanza en la senda de coincidir con el de las economías desarrolladas a nivel mundial, con total seguridad, la fragmentación del mercado de trabajo aludida, se invierte en sus términos, disminuyendo el trabajo precario y aumentando el trabajo cualificado. Con ello, se estarían poniendo las bases de un modo serio y riguroso para una eficaz política de empleo que, automáticamente, controle y acote la emigración laboral.

Sin embargo, en este momento, la cuestión apuntada y este planteamiento político jurídico tan necesitado parece que no se quiere acometer y casi que ni es tenido en consideración. Es así porque precisamente esta emigración laboral que está aconteciendo, desde la perspectiva de la política de empleo se viene considerando en las últimas fechas como movilidad internacional, por su sentido omnicomprendivo y transversal (Charro y Benlloch, 2017, p. 299).

Un ejemplo claro de ello lo constituye la web de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, perteneciente al actual Ministerio de Empleo y de Seguridad Social (octubre de 2017). En ella se deja muy claro que, dentro del área de emigración, el portal de la Ciudadanía Española en el Exterior es el canal clave informativo global de las cuestiones que afectan a los españoles que se hallan fuera del país —a los emigrantes, en esencia, laborales y no laborales—. En esta información, al margen de la descripción de actuaciones y exposición de ayudas orientadas al retorno junto a la documentación necesaria para su tramitación, no se encuentra ningún apartado relacionado con el empleo y su política para las personas emigrantes laborales. No hay actuación concreta prevista sobre la materia para con ellos.

7. Actuaciones político-jurídicas para emigrantes laborales españoles

Muestra clara del dilema presente en la conexión entre la política de emigración laboral y la política de empleo lo constituyen las iniciativas que a título individual y sin conexión específica y expresa entre ambas, se vienen impulsando. En consonancia, paradójico resulta también que

no se defiendan como medidas encuadradas en la construcción de una política de empleo para el colectivo vinculada a la emigración laboral, ni directa ni indirectamente.

7.1. Programas en el marco de la Ciudadanía Española en el Exterior

Destacan aquí un elenco de programas de actuación que, en unos casos, su actuación se puede proyectar al ámbito laboral y en otros casos, directamente no. Pero, en todo caso, son encajados en la tutela y protección de los derechos económicos y sociales de los emigrantes laborales en el exterior.

El programa de actuación sobre asociaciones persigue ayudar a la financiación de los gastos de funcionamiento de las federaciones, asociaciones y centros de españoles en el exterior. Se entiende que éstas pueden tener una proyección hacia lo laboral, representando y defendiendo los intereses del colectivo de carácter sociolaboral asociado a las citadas entidades, pero siempre diferenciando su actuación de la propiamente sindical. Lo sorprendente es que las ayudas no se dan para promocionar su funcionamiento, sino directamente para subvencionar gastos ocasionados por las reparaciones y mantenimiento de los locales e instalaciones.

El programa de actuación sobre centros, en conexión directa con el anterior, y sobre la base de la misma paradoja, persigue sufragar los gastos de obra nueva, rehabilitación y adaptación de los edificios e instalaciones, así como adquisición de equipamiento. Se obvia y no se consideran el apoyo económico a la funcionalidad social que puede tener para el colectivo.

El programa de actuación sobre proyectos de investigación focaliza su interés en el impulso y apoyo económico a la realización de estudios de investigación orientados al conocimiento histórico o actual de la situación de los españoles en el exterior y de los retornados, a fin de mejorar la calidad de vida de los mismos. La cuestión es valorar el impacto y transferencia de conocimiento que generan estas investigaciones a posteriori sobre la regulación jurídico-política de la emigración laboral.

El programa de actuación centrado en la comunicación está dirigido a la realización de actuaciones referidas a la difusión de publicaciones

periódicas especializadas entre los centros y asociaciones de españoles en el exterior. En este caso sí se ayuda a la realización de acciones en este ámbito comunicativo.

El programa de actuación dedicado a mayores y dependientes consiste en ayudas para actividades asistenciales y de atención a ambos colectivos de emigrantes españoles. Su finalidad es la mejora de sus condiciones vitales a través del apoyo a centros sociales, centros de día y residencias de mayores, en aras de la realización de actividades de carácter informativo, social o asistencial. Para recibir las pertinentes subvenciones, estas entidades tienen que atender a españoles en el exterior —o cónyuges de éstos— que no tengan medios suficientes para subsistir por sí mismos y que no se incluyan en la población activa del país donde se encuentren. Luego claramente se orienta a personas jubiladas.

En último lugar, el programa de actuación centrado en el colectivo de jóvenes sí encaja, matizadamente, de un modo más efectivo con la emigración laboral y la política de empleo. Es así porque el mismo tiene la finalidad subvencionar las iniciativas orientadas al impulso y favorecimiento de la integración social y laboral de los integrantes del colectivo a través de actuaciones específicas que les permitan adquirir más formación —se obvia los términos cualitativos de la misma—. Sin embargo, se olvida de la integración a través del empleo, ya que su actuación no se dedica a éste. Opción que sí se contempla para que el emigrante laboral vuelva o retorne a España. Luego no es un programa estrictamente dedicado a la inserción laboral de éste y sí del emigrante retornado a nuestro país desde la ayuda y subvención a una mayor formación en el exterior compatible con la actividad laboral que esté desarrollando temporalmente durante el tiempo que dure su emigración.

7.2. Acuerdos bilaterales

Son acuerdos que formalmente se comprenden y entienden como de movilidad —¿exterior?, ¿internacional?— y no tanto de emigración laboral *stricto sensu*. Con ello se persigue evitar la lógica del efecto llamada por parte de los países que los firman junto a España. Queda refrendado este planteamiento cuando se constata que, de una parte, los acuerdos permiten sólo una estancia temporal durante un tiempo

limitado con carácter previo y, de otra parte, el trabajo no es nuclear en la misma, pues se encuentra anudado a otro aspecto o dimensión central y que se pretende vender como primordial.

Estos acuerdos, todos con bases particularísimas debidamente publicadas y articuladas sobre los ejes apuntados, son los existentes entre Australia y España (*Trabajo y vacaciones en Australia*: para jóvenes dirigido a adquirir una experiencia personal y profesional durante el período vacacional, supeditado a un cupo anual); entre Canadá y España (*Experiencia internacional en Canadá*: viajar y trabajar a y en este país durante un año máximo en el marco de programas de movilidad de jóvenes); entre Nueva Zelanda y España (*Trabajo y vacaciones en Nueva Zelanda*: programa de trabajo y vacaciones en este país en el marco del programa de vacaciones y actividades laborales esporádicas); y entre Alemania y España (*Formación profesional dual en Alemania*: programa temporal de estudio y prácticas laborales en relación con el primero en este país).

7.3. La Red Eures

La Red Eures —*European Employment Services*— sí se ha de entender y comprender como una medida que, desde una perspectiva estricta, sí encaja en una política de empleo para emigrantes laborales. Pero no sólo españoles. Desde la consideración de que su ámbito es limitado —estados miembro de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo— pero a la vez amplio —para todas las personas trabajadoras comunitarias— se orienta a la materialización efectiva de la libre circulación de personas en el seno de la propia Unión.

En el marco de ésta se concibe a aquélla como una red de cooperación para el empleo y para la libre circulación de personas trabajadoras intercambiando información laboral y colaborando en la gestión de ofertas y demandas en el mercado de trabajo comunitario. Así, desde el objetivo de la puesta a disposición de los ciudadanos de los Estados miembro de la Unión Europea de las ofertas de trabajo que puedan existir a nivel comunitario, se persigue la finalidad de ofrecer servicios a las personas trabajadoras, a los empresarios y a cualquier ciudadano de la Unión que quiera beneficiarse del principio de libre circulación de personas.

La efectividad de su funcionamiento se materializa a través del asesoramiento e información actualizada, correcta y accesible sobre ofertas y demandas de empleo, situación y evolución de los mercados de trabajo nacionales, condiciones de vida en cada país y condiciones de trabajo en cada Estado.

Se está así ante un auténtico y genuino servicio de empleo dependiente de las instituciones de la Unión Europea que, en cada Estado miembro, funciona en coordinación con el correspondiente servicio público de empleo. Como resultado, es una red que coordina más de cinco mil oficinas de empleo de los Estados miembro, poniendo en contacto a ofertantes y demandantes de empleo que emigren de su país de origen a otro comunitario en búsqueda una oportunidad laboral ofertada.

A tal fin la Red en cuestión se asienta en dos bases de datos con ámbito de funcionamiento en la totalidad del territorio de la Unión Europea. Una registra puestos de trabajo vacantes ofertados en cada uno de los Estados y otra informa, de manera actualizada, sobre condiciones de vida, legislación laboral y de seguridad social y otras cuestiones de interés para la persona emigrante.

Con ello se está ante una Red que garantiza una emigración segura y con conocimiento de causa en el marco del impulso comunitario a la movilidad de trabajadores —en la práctica, emigración laboral— en el seno de su mercado de trabajo. Se configura, en consonancia, como un instrumento de la política de empleo vinculado materialmente a la política de emigración laboral para planificar de forma válida y certera tanto la búsqueda de trabajo como los trámites burocráticos y la integración sociolaboral en el país de la Unión de destino.

8. Reflexiones conclusivas

Si realidad social y derecho social han de converger para la adecuada y pertinente efectividad de las normas y de la política jurídica resultante, en el caso del empleo y la emigración laboral, aún más. Es así por encontrarse tras ellas la regulación del adecuado funcionamiento del mercado de trabajo y, lo que es más importante, la integración sociolaboral de las personas. No es procedente una no adecuación legal o una

política jurídica distanciada de aquélla que provoque disfuncionalidades en materia ocupacional y que, en última instancia, venga a provocar la salida de la población —en suma, la emigración laboral— hacia otros lugares en búsqueda de la oportunidad ocupacional de la que se carece dentro de las fronteras nacionales.

De aquí la necesidad de que poder político y poder legislativo tome en serio y sea consciente de que unas elevadas cifras de desempleo como resultado de unas políticas de empleo disfuncionales en consonancia con la urgencia de reconsiderar el modelo productivo, no produce otra cosa que personas con un elevado potencial de emigración laboral. Sobre esta cuestión es sobre la que han de incidir las políticas de empleo: detectar, desde la reciente experiencia española en emigración en el presente siglo, los sectores de población que principalmente se han venido encontrando afectados por ella en las últimas fechas, en aras de proponer, dirigir, orientar y poner en marcha políticas de empleo adaptadas a sus necesidades particulares a fin de ocuparlos. Ésta es la mejor política activa de empleo posible frente a la emigración, frente al colectivo de emigrantes laborales. Junto a la intervención estatal con fundamento constitucional, una vez producida ya la emigración laboral, en aras del favorecimiento de la integración sociolaboral de la persona en el país de destino mediante medidas jurídico-políticas orientadas a tal fin desde la tutela de los derechos sociales y económicos.

Y, para ello, es clave y trascendental su consideración como colectivo prioritario destinatario de las políticas activas de empleo, bien sea formalmente reconociéndolo como tal en la vigente Ley de Empleo, bien sea materialmente centrandó la actuación política —en consonancia con la regulación jurídica— sobre el mismo con planes y medidas orientadas a la consecución de su inmediata incorporación al mercado de trabajo. O lo idóneo, conjugando ambas dimensiones señaladas. Aspecto que, a día de hoy, no está sucediendo de forma clara, evidente e identificable. La puesta en marcha de medidas encuadradas desde este planteamiento ayudaría, sin duda alguna, a frenar la emigración laboral. Sobre todo cuando ésta, principalmente, en las últimas fechas, está aconteciendo con sus protagonistas totalmente cualificados. Implícitamente se está descapitalizando el país, ante la ausencia de oportunidades.

Oportunidades que, también y llegado el caso, si se llegan a producir en nuestro país, en un primer momento pueden frenar la emigración,

pero, probablemente, en un segundo momento, no impidan la emigración por la baja calidad del empleo y la precariedad a la que ha conducido la flexibilidad extrema que se ha venido implantando tras las últimas reformas laborales sobre el sistema entero de relaciones laborales. El disponer en otro país de un empleo cualitativamente diferenciado positivamente en relación al que se tiene en España que permita mayor prosperidad económica y social, es un resorte a la toma de la decisión de la emigración. Sobre todo en personas que, precisamente, por invertir su tiempo en formarse y capacitarse óptimamente, han dejado de lado dimensiones o aspectos de la vida personal que, en el preciso instante de la toma de la decisión sobre la salida del país, no van a suponer un freno en ella.

Por otro lado, acontecida la emigración laboral, desde el modelo regulador jurídico-constitucional y legal, sí es más evidente, al menos en el aspecto formal, el mandato de tutela y protección de los derechos sociales de estas personas trabajadoras emigrantes. Ahora bien, necesita una reformulación de su lógica y funcionalidad adaptada al momento actual y no influenciado por un contexto económico, social y político marcado por una apertura a un desarrollo moderado —en el caso del año de aprobación de la Constitución— y exacerbado —en el caso del año de aprobación de la Ley 40/2006—. Ello se manifiesta muy particularmente con respecto a las opciones mediante las que implementar la política de retorno que se demanda constitucionalmente, al no haber medidas de política de empleo en ellas. O, en el propio texto legal, en la concepción atrasada que se tiene de la emigración y la no consideración de intervenir sobre ella en el país de destino en forma de integración sociolaboral.

Por tanto, desde la consideración del trasfondo laboral que está presente en todo movimiento migratorio de emigración, se hace necesario, de forma decidida y expresa, incorporar a la política de empleo medidas orientadas no sólo al freno de ésta, sino a erradicarla ofreciendo oportunidades laborales cuantitativa y cualitativamente diferencias de conformidad a las particularidades del colectivo y su sesgo, así como introducir, como parte de la política de empleo, un conjunto de actuaciones de distinto calado que fomenten e impulsen claramente una efectiva integración sociolaboral de las personas integrantes del colectivo o el retorno, haciendo de nuevo atractivo nuestro mercado laboral y nuestro país para el desarrollo vital y crecimiento personal.

En tan noble y loable fin, el colectivo de emigrantes laborales y las políticas articuladas y eficaces de empleo y emigración que requieren en aras de su integración sociolaboral, deben de dejar de ser residuales y asistemáticas en la agenda político-jurídica del Gobierno de turno que se trate, pasando a constituirse en centrales, por su impacto inmediato en el desarrollo económico, social y político de nuestro país.

9. Bibliografía citada

- ALBA, S. Y FERNÁNDEZ ASPERILLA, A.: *Nueva emigración exterior y cuestión laboral*. Fundación Primero de Mayo, núm. 91, 2015.
- ALONSO OLEA, M.: “Prólogo” a la obra de Serrano Carvajal, J.: *La emigración española y su régimen jurídico*. Madrid, 1966: Instituto de Estudios Políticos.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “El artículo 2 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, sobre ciudadanía española en el exterior” en *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, aa. vv., Sempere Navarro, A. V. (dir.), Benlloch Sanz, P. (coord.). Navarra, 2009: Thomson Reuters Aranzadi.
- BELLO REGUERA, G.: *Emigración y ética. Humanizar y deshumanizar*. Madrid, 2011: Plaza y Valdés.
- CHARRO BAENA, P.: “Emigración”, en *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Sempere Navarro, A. V., Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Aguilera Izquierdo, R. (dirs. y coords.). Navarra, 2009: Thomson Reuters Civitas.
- CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH SANZ, P.: “Adecuación del estatuto de la ciudadanía en el exterior a la luz de la nueva realidad migratoria española”, en *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Fernández Avilés, J. A. (dir.) y Durán Bernardino, M. (coord.). Navarra, 2017: Thomson Reuters Aranzadi.
- DE LA CASA QUESADA, S.: “La respuesta de la protección por desempleo ante la crisis económica”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, aa. vv., Monereo Pérez, J.

- L., Sánchez Montoya, J. E. (dir.), Moreno Vida, M^a N. y Triguero Martínez, L. Á. (coords.). Granada, 2010: Comares.
- DURÁN BERNARDINO, M.: “Políticas de retorno para emigrantes españoles”, en *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Fernández Avilés, J. A. (dir.) y Durán Bernardino, M. (coord.). Navarra, 2017: Thomson Reuters Aranzadi.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Estudio introductorio: ¿qué tutela jurídico-social para los trabajadores emigrantes”, en *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Fernández Avilés, J. A. (dir.) y Durán Bernardino, M. (coord.). Navarra, 2017: Thomson Reuters Aranzadi.
- GALIANA MORENO, J.: “Emigración”, *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, AA. VV. Madrid, 1995: Civitas.
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M^a J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*. Murcia, 2011: Laborum.
- DOMINGO, A. y BLANES, A.: “Inmigración y emigración en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en *Flujos cambiantes. Atonía institucional*, Arango, J., Moya, D., Oliver, J. y Sánchez Montijano, E. (dirs.). Barcelona, 2015: Bellaterra.
- LÓPEZ AHUMADA, E.: “Emigrantes”, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aa. Vv., Escobar Roca, G. (dir.). Navarra, 2012: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARMOLEJO MARTÍN, J. A.: “Perfil demográfico de la emigración española desde la crisis económica de 2008”, en *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Fernández Avilés, J. A. (dir.) y Durán Bernardino, M. (coord.), Navarra, 2017: Thomson Reuters Aranzadi.
- MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Más acá y más allá del trabajo: comentario a la Ley 56/2003, de Empleo”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 251, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: “El derecho regulador de las migraciones en España: análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo”, en *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, aa. vv., Monereo Pérez, J. L. (dir.),

- Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.). Granada, 2013: Comares.
- OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas activas de empleo*. Navarra, 2008: Thomson Aranzadi.
- RODRÍGUEZ PUERTAS, R.: “Características de la nueva emigración española: un análisis descriptivo de un fenómeno difícil de cuantificar”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 45, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Emigración laboral y protección social: las derivas de las últimas reformas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 45, 2017.
- ROJO TORRECILLA, E.: “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, en *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Aa. Vv., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N. (dirs. y coords.). Granada, 2002: Comares.
- SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J.: *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*. Madrid, 2010: Biblioteca Nueva.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Flujos migratorios y desempleo: la (des)protección de los trabajadores extranjeros y de los emigrantes retornados”. *Revista Información Laboral*, núm. 2, 2016.
- VALERO MATAS, J. A., MEDIAVILLA, J. J., VALERO OTEO, I., COCA, J. R.: “El pasado vuelve a marcar el presente: la emigración española”. *Papeles de Población*, núm. 83, 2015.
- VALLECILLO GÁMEZ, R., y MOLINA NAVARRETE, C.: “La reforma de segunda generación del mercado laboral: incentivos al espíritu emprendedor y retorno del pensamiento mágico”. *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 361, 2013.



DERECHOS SOCIALES DE LOS REFUGIADOS Y SOLICITANTES DE ASILO EN LA REVISIÓN DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

DRA. THAIS GUERRERO PADRÓN

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

1. Introducción

La Unión Europea afronta el difícil reto de gestionar con eficacia y vocación de permanencia su política migratoria puesta en evidencia con la reciente “crisis de los refugiados”. A tal fin, la Agenda Europea de Migración marca las estrategias y el rumbo a seguir diseñando medidas de emergencia e impacto inmediato, entre las que destacan la reubicación de migrantes llegados masivamente a las costas de griegas e italianas y, en colaboración con ACNUR, el reasentamiento de personas desplazadas de sus países de origen y necesitadas claramente de protección internacional. Otras medidas de carácter estructural y aplicación a medio o largo plazo que contempla la Agenda son las que afectan a los pilares de la política de migración europea, en particular el sistema común de asilo. Las normas vigentes que configuran este sistema han desencadenado en su aplicación práctica sistemas nacionales de asilo con significativas disparidades entre sí e irregularidades en su funcionamiento, propiciando efectos perversos como los movimientos secundarios, en cualquier caso en detrimento de las personas que acuden a la Unión en busca de asilo. La propuesta -aún en trámite- de reforma de las principales normas del

sistema europeo común de asilo y el análisis de los derechos de carácter social que contemplan en favor de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional, ocupan gran parte de este estudio, resaltando la vulnerabilidad más que evidente de este colectivo en la difícil tarea de integración social en el Estado miembro de acogida a través de su incorporación al mercado de trabajo nacional.

2. El sistema europeo común de asilo

A raíz de los trágicos acontecimientos acaecidos en el Mediterráneo en 2014, donde miles de migrantes huyendo de la guerra, la opresión política, la persecución o la pobreza perdieron la vida tratando de alcanzar las costas de Italia y Grecia, se puso de manifiesto la inoperancia de la política migratoria europea para afrontar la presión, desde entonces incesante, que ejerce una afluencia masiva de migrantes procedentes de Oriente Próximo, Asia y países del norte y el Cuerno de África, que se agolpan en las fronteras europeas solicitando, en su gran mayoría, protección internacional. Esta grave situación revela la incapacidad de la política migratoria europea y, en particular, la debilidad del sistema europeo común de asilo, cuyo actual marco legislativo se ha mostrado insuficiente e inadecuado para dar soluciones con prontitud y eficacia a tal desastre humanitario.

El vigente sistema europeo común de asilo se compone de un conjunto integrado de normas jurídicas que abarca todos los aspectos del proceso de asilo, señalando reglas para determinar el Estado miembro responsable de los solicitantes de protección internacional así como normas comunes para los procedimientos de asilo, condiciones de acogida y estatuto de los beneficiarios de protección internacional. El fundamento jurídico del sistema europeo común de asilo se encuentra en el art. 78 del TFUE que contempla el desarrollo por la Unión de una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, destinadas a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política, que debe sintonizar con los compromisos en la materia adquiridos a nivel internacional, principalmente la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de

1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, debe también regirse por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros (art. 80 TFUE).

El punto de partida es el denominado “Reglamento de Dublín”¹ por el que se fijan los criterios y mecanismos para responsabilizar a un Estado miembro determinado de examinar las solicitudes de protección internacional, correspondiendo, en general, al que haya desempeñado un papel preponderante en la entrada o residencia del solicitante. Tales criterios varían desde consideraciones familiares hasta las circunstancias de entrada –regular o irregular- en la UE o la posesión reciente de un visado o permiso de residencia de un Estado miembro. Lo que se pretende es asegurar un acceso rápido de los solicitantes de asilo a un procedimiento de asilo y el examen de las subsiguientes solicitudes de asilo por un único Estado miembro, fijado ad hoc.

Una aplicación eficiente del Reglamento de Dublín requiere como complemento necesario el apoyo instrumental del sistema Eurodac. El Reglamento que ordena tal sistema² configura un registro de impresiones dactilares necesario en la aplicación del sistema de asilo a la vez que idóneo para combatir la migración irregular. Este peculiar registro articulado en una base de datos común a los Estados miembros sirve para probar, entre otras cosas, la presencia del solicitante de protección internacional o del migrante irregular en un Estado miembro antes de trasladarse a otro, facilitando de este modo la aplicación del Reglamento de Dublín³.

¹ Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido).

² Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

³ En este sentido, Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, “Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa”, 6.4.2016, COM (2016) 197 final, p.9.

Las pautas a seguir por los Estados miembros para conceder o retirar a los migrantes la protección internacional se fijan en la Directiva 2013/32 sobre procedimientos de asilo⁴, cuyo objeto consiste en establecer un procedimiento común en la Unión que permita garantizar una evaluación global y eficiente de las necesidades de protección internacional.

Las condiciones de recepción y acogida de los solicitantes de protección internacional en el territorio de un Estado miembro son reguladas en la Directiva 2013/33⁵ que persigue garantizar a tales personas y de forma comparable en todos los Estados de la UE, unas condiciones de acogida y un nivel de vida digno, sea en términos materiales (alojamiento, alimentación, el vestido), o a modo de beneficios concretos (libre circulación y acceso al mercado laboral, principalmente)⁶. Entre otras previsiones, los Estados miembros deben informar al solicitante de asilo de los beneficios y obligaciones que conlleva su estatus, la posibilidad de dotarle de documentación que certifique su condición, o acredite estar autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro mientras su solicitud está en trámite, incluso reglas sobre el posible internamiento del solicitante bajo el principio de que nadie puede ser internado por el único motivo de solicitar protección internacional, siendo esa medida el

⁴ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición).

⁵ Directiva 2013/33/UE Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).

⁶ La Directiva contempla asimismo la libre circulación del solicitante por el territorio del Estado miembro receptor o limitado a una zona que aquel le haya asignado, garantizando en este caso el disfrute de todos los beneficios concedidos con arreglo a la presente norma. En materia de residencia se aprecian abiertamente limitaciones, probablemente justificadas por razones de control y seguridad: el Estado miembro puede fijar la residencia del solicitante en determinado lugar y condicionar la prestación de condiciones materiales de acogida al respeto de tal decisión por el interesado, siendo posible la concesión de un permiso temporal individual (motivado en caso de ser denegado) para abandonar el lugar de residencia. Otros “beneficios” como la escolaridad y educación de los hijos menores de los solicitantes y de los propios solicitantes menores de edad deben garantizarse “mientras no se ejecute efectivamente una medida de expulsión contra ellos o sus padres”, pudiendo dispensarse la educación en los centros de acogida. Los solicitantes de asilo pueden ser beneficiarios de una atención sanitaria que incluya, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves, prestando atención médica o de otro tipo cuando sea necesaria para atender a solicitantes con necesidades particulares. En el plano laboral la Directiva menciona el acceso al mercado de trabajo y a la formación profesional de los solicitantes de empleo con cierta tibieza y facultando a los Estados miembros para priorizar a otros colectivos.

último recurso, únicamente aplicable tras haber examinado debidamente todas las medidas alternativas no privativas de libertad.

Resuelta con éxito la solicitud de asilo, el interesado adquiere la condición de “beneficiario de protección internacional”, sea como refugiado o como beneficiario de protección subsidiaria. En este terreno, la Directiva 2011/95⁷, relativa a los requisitos para conceder la protección internacional, tiene por objeto la aplicación de criterios comunes para la identificación de las personas auténticamente necesitadas de protección internacional y asegurar a las mismas un nivel mínimo de prestaciones en todos los Estados miembros. Manifestaciones genéricas de tal protección consisten en ser informados acerca de los derechos y deberes inherentes a su estatuto, reglas sobre mantenimiento de la unidad familiar y la protección contra la devolución, que no es absoluta en tanto permite devolver al interesado si constituye un peligro para la seguridad del Estado Miembro y no lo prohíban las obligaciones internacionales. A diferencia de los solicitantes de asilo, los beneficiarios de protección internacional disfrutan de auténticos derechos⁸ mientras conservan el estatuto de refugiado o persona con protección subsidiaria. El refugiado puede ser titular de un permiso de residencia válido como mínimo por tres años y renovable, y obtener documentos de viaje que autorizan a viajar fuera del territorio del Estado miembro, derechos reconocidos también a los beneficiarios protección subsidiaria aunque en términos más restrictivos. Unos y otros disfrutan de la libre circulación por el territorio del Estado miembro⁹ y tienen acceso a la vivienda, ambos derechos en las mismas

⁷ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

⁸ En virtud de la Directiva 2011/95, la normativa nacional resulta de aplicación a los beneficiarios de protección internacional en lo referente al acceso al empleo, condiciones de trabajo, remuneración y acceso a la Seguridad Social como trabajadores asalariados o autónomos. La igualdad de trato con los nacionales se aplica en el acceso a la educación de los menores, la asistencia social (limitable a las prestaciones básicas para los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria) y la asistencia sanitaria.

⁹ Como ha señalado el TJUE en sentencia de 1 de marzo de 2016 (asuntos acumulados C-443 y 444/14) la libre circulación “no se opone a que se imponga una obligación de residencia como la controvertida en los litigios principales a un beneficiario del estatuto de protección subsidiaria que perciba determinadas prestaciones sociales específicas con

condiciones que los nacionales de terceros países con residencia legal en el territorio de ese país miembro.

Complemento necesario para dotar de eficacia a las normas señaladas lo constituye la Oficina Europea de Apoyo al Asilo¹⁰, cuya misión básicamente consiste en respaldar a los Estados miembros en la aplicación del marco jurídico y facilitar la cooperación práctica entre los mismos, con especial atención sobre los países miembros cuyos sistemas de asilo están sometidos a presiones especiales, contribuyendo en definitiva a favorecer la implementación del sistema europeo común de asilo.

No pasa inadvertida la relativa modernidad de las normas mencionadas, aplicables la más temprana desde el 21 de diciembre de 2013 (Directiva 2011/95) y las más tardías desde el 20 de julio de 2015 (Directivas 2013/32 y 2013/33 y Reglamento Eurodac), sustituyendo cada una a otras normas que en esta materia fueron adoptadas en una primera fase de aplicación de la política común de asilo europea. No obstante y como consecuencia de esta gravísima crisis migratoria que ha puesto sobre la mesa la inoperancia de la actual política migratoria europea, la eficacia del sistema común de asilo también se ha visto cuestionada, exigiendo una revisión estructural exhaustiva de las medidas normativas que integran el sistema para afrontar con solvencia los desafíos inmediatos y a largo plazo que está planteando la gestión de los flujos migratorios. En cualquier caso, esta crisis ha precipitado el proceso de conformación del sistema europeo común de asilo obligando a dar pasos de gigante en muy poco tiempo para afrontar una realidad posiblemente previsible y probablemente anunciada a raíz de los trágicos y graves acontecimientos sociales y políticos que caracterizan la era que vivimos.

el objetivo de facilitar la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro que le haya concedido dicha protección, aunque la normativa nacional aplicable no prevea la imposición de tal medida a los nacionales de terceros países que residan legalmente en dicho Estado miembro por razones que no sean de Derecho internacional, humanitarias o políticas que perciban tales prestaciones, siempre que los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria no se hallen en una situación objetivamente comparable, en relación con el fin perseguido por dicha normativa, a la de los nacionales de terceros países que residen legalmente en territorio del Estado miembro de que se trate por razones que no son de Derecho internacional, humanitarias o políticas, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”.

¹⁰ Reglamento UE 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina de Apoyo al Asilo.

3. La agenda europea de migración

En respuesta a este grave problema, la Comisión europea elaboró en mayo de 2015 una Agenda Europea de Migración¹¹ que establece la hoja de ruta a seguir con una doble finalidad: de un lado, atender con agilidad y eficiencia las patentes necesidades actuales, consecuencia de la repentina y masiva, a la vez que constante, llegada de migrantes irregulares a las fronteras europeas. De otro lado, revisar, modernizar y reordenar la política migratoria y los instrumentos de que dispone para luchar contra la migración irregular, los tratantes y traficantes de seres humanos, ofrecer vías de entrada legales en la UE, mejorar la seguridad de los flujos migratorios y proteger las fronteras exteriores de Europa, todo lo cual requiere una sólida política común de asilo y una nueva política en materia de migración legal.

La Agenda plantea una serie de acciones de pretendido impacto inmediato para afrontar y, en la medida de lo posible, solventar los problemas más acuciantes derivados de la concentración de migrantes en las costas europeas, principalmente en países como Italia y Grecia, y del desplazamiento de personas cuya vida o integridad corren peligro en caso de permanecer en sus países de origen, afectados por graves conflictos sociales, políticos o bélicos¹². Se trata de medidas de emergencia de aplicación inmediata para gestionar la recepción y registro de los migrantes necesitados de protección internacional y su atención en el territorio del Estado miembro de acogida, sin perjuicio de posibles

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Bruselas 13.5.2015, COM (2015) 240 final).

¹² La Comisión Europea ha dispuesto una financiación de emergencia destinada a apoyar los medios de acogida y de atención de asistencia sanitaria de los migrantes en aquellos Estados miembros sujetos a presiones particulares, servicios que en otras situaciones de “normalidad” son habitualmente sufragados por el Fondo de Asilo, Migración e Integración. Además, y con el objeto de facilitar una gestión más ágil y eficiente del flujo extraordinario de migrantes, se contempla la colaboración de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, la Agenda Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (Frontex) y la Oficina Europea de policía (Europol) con los países de primera línea para llevar a cabo las labores de identificación, registro y toma de huellas dactilares de los migrantes, de modo que se tramite con mayor rapidez el procedimiento para otorgar protección internacional. En caso de no ser necesaria ésta, los Estados miembros estarán asistidos por Frontex para coordinar el retorno a sus lugares de origen de aquellas personas a las que ha sido denegada su solicitud de asilo, actividad nada sencilla que precisa de la colaboración de los países de procedencia de tales migrantes.

retornos a los países de origen cuando no procede la concesión del asilo¹³. La prioridad de este tipo de medidas estriba en salvar vidas e intensificar la actuación de la Unión, sin perjuicio de servir de modelo de inspiración a la elaboración de propuestas concretas con vocación de permanencia para abordar en el futuro posibles situaciones de crisis similares.

Entre las medidas de emergencia que contempla la Agenda destacan, en especial, la reubicación y el reasentamiento. La acogida de los migrantes solicitantes de asilo que han llegado a los países de la Unión situados en primer término se está llevando a cabo a través de su reubicación temporal en los Estados miembros. Además, en un marco de colaboración conjunta con la comunidad internacional, la Unión debe prestar asistencia a las personas desplazadas que necesitan manifiestamente protección internacional, ofreciéndoles vías seguras y legales para llegar a la UE, sin caer en manos de las redes delictivas de traficantes y tratantes. Corresponde al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) valorar las circunstancias que impiden a una persona permanecer de manera segura en su propio país, siendo ese organismo el que ha aprobado un objetivo de reasentamiento en la Unión Europea, que la Comisión deberá dar curso a través de una recomendación en la que proponga tal régimen de reasentamiento en toda la UE.

Junto a las mencionadas medidas de emergencia, cuyo impacto se espera sea inmediato, la Agenda Europea de Migración, bajo un enfoque

¹³ Actuaciones de emergencia son las que sirven de apoyo financiero y logístico a las actividades de rescate y salvamento de los migrantes en las costas italianas y griegas llevadas a cabo por Frontex en colaboración con algunos Estados miembros a través del despliegue de aviones y buques en tanto persiste la presión migratoria. En paralelo, la Agenda propone medidas concretas en el marco de la política común de seguridad y defensa para la persecución de las redes delictivas de traficantes que explotan a los migrantes. Resulta de interés igualmente la colaboración de la Comisión Europea y el Servicio Europeo de Acción Exterior para con terceros países que, debido a su localización geográfica, soportan el peso de los flujos de refugiados, como Turquía, que colabora estrechamente con la Unión para “hacer frente a la presión sobre su sistema de gestión de los refugiados y ayudar a evitar peligrosas travesías en el Mediterráneo oriental”. Agenda Europea de Migración, p. 9. Este país ha suscrito acuerdos con la UE, entre otras cosas, para el reasentamiento en los países miembros de personas desplazadas, en su mayoría procedentes de Siria, llegadas a Turquía. Uno de los objetivos es evitar que estos refugiados caigan en redes de traficantes de seres humanos que les ofrecen vías irregulares e inseguras de acceso a las costas europeas, principalmente Grecia, con riesgo evidente para su propia vida.

coherente e integrador, marca la estrategia a seguir para una mejor gestión futura de la política migratoria, capaz de afrontar con eficacia y automaticidad posibles crisis de la misma entidad, al menos, que la que ahora parece haber cogido desprevenida a la Unión Europea. Se trata de un conjunto de medidas a medio-largo plazo, de carácter estructural, que giran en torno a cuatro pilares principales: primero, la reducción de los incentivos a la migración irregular; segundo, la gestión de las fronteras bajo el doble enfoque de salvar vidas y asegurar las fronteras exteriores; tercero, la revisión del sistema común de asilo para ofrecer cobertura a los migrantes necesitados de protección internacional, y por último, una nueva política en materia de inmigración legal que haga de una Europa en declive demográfico un destino atractivo para los inmigrantes.

4. La reubicación temporal de migrantes

La reubicación de migrantes solicitantes de protección internacional manifiestamente necesitados de este tipo de protección, es una de las medidas adoptada por las instituciones comunitarias para aliviar la extraordinaria presión sobre los sistemas de asilo italiano y griego provocada por la repentina y excepcional afluencia masiva de refugiados a las costas de tales países desde 2014. Es una medida que se ha adoptado con carácter inmediato y provisional en base al artículo 78.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁴ y apelando a la necesaria solidaridad de los Estados miembros, conforme señala el artículo 80 del mismo texto legal.

En el mes de septiembre de 2015 el Consejo adoptó dos Decisiones¹⁵ por las que se convenía en trasladar, respectivamente, a 40.000 y 120.000

¹⁴ El artículo 78 del TFUE regula los lineamientos generales de la política común en materia de asilo, y en su apartado.3 establece lo siguiente: “Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo”.

¹⁵ Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015 (DO L 239 de 15.9.2015, p. 146), y Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015 (DO L 248 de 24.9.2015, p. 80), por las que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia.

personas con clara necesidad de protección internacional, a otros Estados miembros desde países afectados por la “crisis de los refugiados”, cuyos sistemas nacionales de asilo se vieron absolutamente desbordados e incapaces de absorber semejantes flujos migratorios¹⁶. En sendos anexos a estas Decisiones del Consejo, se indica numéricamente la asignación de solicitantes reubicados por Estado miembro, procedentes de Grecia e Italia, respectivamente¹⁷.

Como medida provisional, la reubicación es aplicable bajo limitaciones temporales (24 meses) e implica una excepción temporal a la responsabilidad que recae sobre el Estado miembro de examinar la solicitud de protección internacional de quienes, procedentes de un tercer país, han cruzado su frontera de forma irregular¹⁸. A través de este mecanismo se pretende descongestionar a los países situados en primera línea, atribuyendo provisionalmente la responsabilidad de valorar las solicitudes de protección internacional a cada uno de los Estados miembros receptores de tales solicitantes que hubieran accedido a la Unión a través de Italia y Grecia, valorándose aquéllas de acuerdo con las normas comunitarias establecidas al efecto.

Los beneficiarios de la reubicación son únicamente las personas que tienen inaplazable necesidad de protección internacional y ostentan nacionalidades para las que la tasa de reconocimiento en la Unión, sobre la base de la última actualización trimestral de los datos medios de Eurostat, supera el 75%, lo que persigue un doble objetivo: de un lado, proporcionar protección de manera plena y rápida en el Estado miembro de reubicación a todos los solicitantes que puedan precisar

¹⁶ Según los datos de la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores (Frontex), en 2014 más de 170.000 inmigrantes llegaron a Italia de manera irregular y más de 50.000 lo hicieron de la misma manera a Grecia, lo que en el primer caso supuso un aumento del 277% y en el segundo del 153% respecto del año anterior, tendencia que se mantuvo en 2015 con un aumento del 20% en Italia respecto del año anterior y del 250% en Grecia. Según Eurostat, en 2014 solicitaron protección internacional 64.625 personas en Italia y 9.430 en Grecia, lo que significó, respectivamente un incremento del 143% y del 15% respecto de 2013. En los primeros ocho meses de 2015 ese aumento fue del 27% en Italia y del 30% en Grecia con respecto al año anterior.

¹⁷ A modo ilustrativo, en la Decisión 2015/1601 por la que se pretende reubicar a 120.000 personas, corresponde a España reubicar a 1896 personas procedentes de Italia y 6127 procedentes de Grecia.

¹⁸ Ex art. 13.1 Reglamento 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional.

protección internacional, y en segundo lugar, evitar la reubicación en otro Estado miembro, y por tanto prolongar su estancia en la UE, de las personas a las que haya sido denegada su solicitud, que deberán ser retornadas a sus países de procedencia.

El criterio utilizado para repartir los beneficiarios de protección internacional en los Estados miembros consiste en una clave fijada sobre cuatro elementos a los que se atribuye determinado valor de ponderación: el tamaño de la población (40%), el PIB total (40%), el promedio de solicitudes de asilo espontáneas y el número de refugiados reasentados por millón de habitantes durante el período 2010-2014 (10%), y la tasa de desempleo (10%)¹⁹.

¹⁹ La puesta en marcha del procedimiento de reubicación exige una cooperación de carácter administrativo entre los Estados miembros y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, debiendo a tal fin cada Estado fijar un “punto de contacto nacional” que pondrá en conocimiento de los demás países miembros y de esa Oficina. Los Estados miembros están obligados, con una periodicidad regular como mínimo de tres meses, a comunicar el número de solicitantes que pueden reubicar rápidamente en su territorio. Esta información sirve a Italia y Grecia (asistidos por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y los funcionarios de enlace de los Estados miembros) para indicar qué solicitantes pueden reubicarse en los demás países miembros, dando prioridad a los solicitantes “vulnerables” (art. 21); toda esta información será llevada a los puntos de contacto nacionales.

La decisión de reubicar a cada solicitante y notificarlo al propio interesado (en lengua para él comprensible) recae sobre Italia y Grecia, tan pronto como el Estado de reubicación haya aprobado la recepción del solicitante. No obstante, cabe que este país rehúse la misma cuando existen motivos razonables para considerar que el solicitante constituye un peligro para la seguridad nacional o el orden público, materia especialmente sensible ante el riesgo de amenaza terrorista que vivimos en la actualidad. También se contempla la posibilidad de que algún Estado miembro, debido a circunstancias excepcionales debidamente justificadas y compatibles con los valores de la Unión, se vea temporalmente incapaz de participar en el proceso de reubicación de hasta un 30% de los solicitantes que le han sido asignados (art 4.5 de la Decisión del Consejo 2015/1601, de 22 de septiembre). Estas circunstancias que deberá notificar a la Comisión y al Consejo antes del 26 de diciembre de 2015, podrían ocasionar la suspensión temporal de la reubicación de aquel porcentaje de solicitantes, e incluso ampliar el plazo de reubicación por un periodo de hasta doce meses más. Un ejemplo de esta posibilidad lo constituye la Propuesta de la Comisión de Decisión de Ejecución del Consejo sobre la suspensión temporal de la reubicación del 30% de los solicitantes asignados a Austria de conformidad con la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, 10.2.2016, COM (2016) 80 final.

En cualquier caso y en aras de la seguridad, Italia y Grecia deben garantizar la identificación, el registro y la toma de impresiones dactilares de los solicitantes para proceder a su reubicación. Por su parte, los Estados miembros deben garantizar la eficiencia y gestión del proceso disponiendo una adecuada organización de las instalaciones y medidas de recepción para ofrecer un alojamiento temporal a los solicitantes, en tanto se resuelve su situación.

Con todo, el proceso de reubicación se realizará lo más ágilmente posible, en cualquier caso en un plazo no superior a dos meses desde que el Estado miembro de reubicación procede a comunicar el número de solicitantes que puede reubicar rápidamente en su

La Comisión ha ido llevando un seguimiento de la reubicación en los países miembros durante los dos años de vigencia de la medida. En sus comienzos, el proceso de reubicación fue lento debido a la falta de puntos de contacto especializados donde se llevasen a cabo funciones de control sanitario y seguridad (únicas razones para rechazar candidatos de reubicación), y por la insuficiente capacidad de acogida de algunos Estados²⁰. Hubo países que invocaron motivos justificados (orden público, seguridad) para rehusar solicitudes de reubicación, incluso alguno suspendió de facto el procedimiento²¹, no cumpliéndose el objetivo de reubicación de seis mil personas que propuso la Comisión²², atribuyéndose esta situación a una falta de voluntad política, compromiso y solidaridad por parte de los Estados miembros. Con todo, y pese a la actitud manifiestamente incumplidora de ciertos Estados²³, en la etapa final ha habido un cierto repunte, un progreso destacado y desigual en las cifras, demostrándose que el sistema funciona cuando existe voluntad de cumplimiento y cooperación leal de los Estados miembros, lo que resulta esperanzador y motivador para continuar en esta línea, no ya con medidas ad hoc, sino con otras estructurales posiblemente incardinadas en la reforma del sistema europeo común de asilo²⁴.

territorio. Durante todo el proceso se tendrá en cuenta el interés superior del menor, en su caso, y el derecho a ser reubicado con los miembros de la familia en un mismo Estado miembro. El solicitante o beneficiario de protección internacional reubicado en un país miembro queda obligado a permanecer en éste; en caso de incumplimiento y entrar en otro Estado miembro diferente, tiene la obligación de volver al país de reubicación inicial y éste debe readmitirlo inmediatamente.

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo, Sobre el estado de ejecución de las acciones prioritarias con arreglo a la Agenda Europea de Migración, 10.2.2016, COM (2016) 85 final, p. 12.

²¹ Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Tercer informe sobre reubicación y reasentamiento, 18.5.2016, COM (2016) 360 final, pp. 4-5.

²² Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Cuarto informe sobre reubicación y reasentamiento, 15.6.2016, COM (2016) 416 final y Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Quinto informe sobre reubicación y reasentamiento, 13.7.2016, COM (2016) 480 final.

²³ Específicamente, Hungría, Polonia y Austria son los únicos países que no han reubicado a ningún migrante, aunque este último ha anunciado oficialmente su compromiso de reubicar a 50 personas desde Italia. Por otra parte, la República Checa se ha abstenido de participar en el reparto durante casi un año.

²⁴ Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Duodécimo informe sobre reubicación y reasentamiento*, Estrasburgo, 16.5.2017, COM(2017) 260 final.

5. Un programa temporal de reasentamiento

Si la reubicación es una medida que sustancialmente se aplica a los solicitantes de protección internacional que han llegado a un Estado miembro y son trasladados a otro diferente que va a ser el responsable de examinar su solicitud de protección internacional, bajo las condiciones y con las precisiones señaladas, el reasentamiento afecta a las personas desplazadas y manifiestamente necesitadas de protección internacional que, a instancias de ACNUR, son transferidas de un tercer país a un Estado miembro. El propósito de la medida es proteger a estas personas contra la devolución, admitirlas en el país de acogida y, derivadamente, concederles el derecho de estancia y cualesquiera otros derechos similares que son otorgados a los beneficiarios de protección internacional.

En el marco internacional, la UE y los propios Estados miembros han contraído la responsabilidad de prestar ayuda a las personas desplazadas necesitadas manifiestamente de protección internacional, habiendo asumido ACNUR la labor de determinar cuándo una persona no puede permanecer de forma segura en su propio país. Es importante, en aras a su protección, canalizar a estas personas a otros países seguros en tanto persistan esas circunstancias de peligro en sus lugares de origen, proponiéndoles vías seguras y legales para, en nuestro caso, llegar a la Unión Europea y evitar así que caigan en manos de redes delictivas de traficantes y tratantes.

La Agenda Europea de Migración anunció la adopción de un programa europeo de reasentamiento como medida inmediata para afrontar la “crisis de los refugiados”, que ha tomado cuerpo a través de la Recomendación de la Comisión de 8 de junio de 2015²⁵. El objetivo es en concreto la admisión de 20.000 personas en la UE durante un período de dos años desde la fecha de adopción de este instrumento. Como regiones prioritarias de reasentamiento, se mencionan el norte de África, Oriente Próximo y el Cuerno de África, con especial atención de aquellos países en los que se están llevando a cabo programas regionales de desarrollo y protección.

Una vez que ACNUR ha evaluado a los candidatos al reasentamiento en las regiones prioritarias y ha formulado las propuestas para su

²⁵ DOUE L 248/80, de 24.9.2015.

reasentamiento en los países miembros, la responsabilidad de admitirlos recae exclusivamente sobre cada Estado miembro. La distribución de estas personas se hará atendiendo a los mismos criterios, antes referidos, utilizados en el caso de la reubicación y con la misma ponderación, indicándose en un anexo la cifra de personas asignadas por Estado miembro. Las normas comunitarias de asilo relativas al procedimiento de admisión y, en su caso, los efectos –derechos y obligaciones- que derivan del reconocimiento de la protección internacional, son plenamente aplicables en los supuestos de reasentamiento.

Como ocurriera con la reubicación, existe una especial vigilancia y cautela para evitar movimientos secundarios espontáneos de las personas reasentadas hacia otros Estados miembros, subrayando a este respecto la Recomendación que los derechos vinculados al estatuto de protección internacional sólo les amparan en el Estado de reasentamiento, con el riesgo de repatriación en caso de entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro distinto del de reasentamiento.

Mención especial requiere la migración irregular que desde Turquía llega a Europa. En su gran mayoría se trata de personas desplazadas por el conflicto en Siria y necesitadas de protección internacional, que cruzan la frontera de su país con Turquía y desde ahí llegan por vía marítima a Grecia. En el marco de un Plan de Acción conjunto suscrito entre la UE y Turquía el 29 de noviembre de 2015, se propuso estrechar la colaboración para apoyar a los refugiados sirios bajo protección temporal y a las comunidades de acogida en Turquía, así como reforzar la cooperación para prevenir los flujos de migración irregular hacia Europa e instaurar vías legales de acceso a la Unión. En la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016²⁶ se acordó sustituir las travesías irregulares y peligrosas de migrantes desde Turquía a las islas griegas por una vía legal de reasentamiento desde Turquía en la Unión, con la debida dotación económica a cargo de los fondos europeos. De este modo, debían retornar a Turquía aquellos migrantes irregulares llegados a las islas griegas desde aquel país, tras haberseles denegado sus solicitudes de asilo. Por cada sirio retornado, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la Unión, proceso

²⁶ SN 38/16, 18.3.2016.

en el que participan la Comisión Europea, los Estados Miembros, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y ACNUR, para garantizar la aplicabilidad de la medida. Entre tanto, Turquía se compromete a adoptar las acciones necesarias para evitar la apertura de nuevas vías terrestres o marítimas a la migración irregular, de modo que una vez controlada la migración irregular vía Turquía, se activaría un mecanismo de admisión humanitaria voluntaria para reasentar a los ciudadanos Sirios en países de la UE²⁷.

La Comisión también ha efectuado un seguimiento mensual de la medida de reasentamiento registrando similares resultados a los señalados para la reubicación²⁸, con cifras que han progresado de manera destacada y desigual en los Estados miembros²⁹, llegando a cubrirse al expirar la vigencia de la medida más de dos tercios de los reasentamientos acordados, destacando en positivo los practicados desde Turquía.

6. Propuesta de reforma del sistema europeo común de asilo

6.1. Un sistema que no funciona adecuadamente

Como se destacara con anterioridad, la dinámica de conformación del sistema europeo común de asilo se ha visto alterada por el grave devenir

²⁷ Recomendación de la Comisión relativa a un régimen voluntario de admisión humanitaria con Turquía, 11.1.2016, C (2015) 9490 final.

²⁸ En octubre de 2015 los Estados miembros confirmaron su compromiso de ayudar a 22.504 personas desplazadas de fuera de la Unión claramente necesitadas de protección internacional, que se reasarían efectivamente en los dos años siguientes. A finales de 2015, habían sido reasentadas 3.358 personas en ocho de los Estados miembros. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo, “Sobre el estado de ejecución de las acciones prioritarias con arreglo a la Agenda Europea de Migración”, 10.2.2016, COM (2016) 85 final, p. 22.

En julio de 2016 la cifra había alcanzado las 8.268 personas, principalmente procedentes de Turquía, Jordania y el Líbano. Hay que considerar que las medidas acordadas en la Declaración UE-Turquía no empezaron a aplicarse hasta el 4 de abril, siendo el número de reasentamientos en la UE procedentes de Turquía a través del mecanismo “un retornado, un reasentado” (1 x 1) de 802 personas. Quinto informe sobre reubicación y reasentamiento, cit.

²⁹ Países como Alemania, Estonia, Irlanda, los Países Bajos, Finlandia, Suecia, el Reino Unido, Islandia, Liechtenstein y Suiza han cumplido sus objetivos de reasentamiento, en tanto otros como Bulgaria, Grecia, Croacia, Chipre, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia, no habían dado inicio a tales medidas.

de los acontecimientos. Las circunstancias actuales de desbordamiento de los sistemas nacionales de asilo a causa de la masiva llegada de migrantes necesitados de protección internacional constituyen el marco idóneo para una valoración crítica acerca de la operatividad y el grado de efectividad de las citadas normas. En general, se aprecia la operatividad parcial o sesgada del sistema común de asilo en la existencia de diferentes modelos nacionales, consecuencia de una normativa demasiado flexible que, al exigir una armonización de mínimos ha provocado sensibles diferencias entre los países miembros, favoreciendo los denostados movimientos secundarios y las solicitudes múltiples de asilo, abusos que, en cualquier caso, la UE se ha propuesto erradicar.

Carencias importantes y deficiencias estructurales en la concepción y aplicación del sistema europeo común de asilo, son apreciables especialmente en lo que se refiere al sistema de Dublín, que no fue concebido para garantizar un reparto sostenido de la responsabilidad de los Estados miembros con respecto a las solicitudes de protección internacional que se formularan. Responsabilizar a un Estado miembro de la gestión de las solicitudes de protección internacional de todos los migrantes que llegan a su territorio puede resultar excesivo y sobrepasar las capacidades de su sistema nacional de asilo en las actuales circunstancias de afluencia masiva de migrantes. Se advierte que los procedimientos de asilo establecidos no dotan de la agilidad necesaria al sistema, ni tampoco ayuda la poca claridad con que la norma europea vigente identifica las obligaciones de los solicitantes de asilo y las responsabilidades que pueden contraer en caso de incumplimiento, favoreciendo los abusos por parte de los solicitantes. Incluso las diferencias existentes entre los procedimientos de asilo de los países miembros se han acentuado con la Directiva 2013/32, distinguiéndose unos sistemas más favorables que otros a la concesión de la protección, lo que evidentemente propicia los movimientos secundarios de los migrantes hacia otros Estados diferentes del que es responsable de tramitar su solicitud de asilo.

La aplicación de la Directiva 2013/33 no ha tenido mejores resultados. Al contrario, ha generado una considerable diversidad de condiciones de acogida según los países miembros, con diferencias destacadas tanto en la forma de gestionar el sistema como en los estándares ofertados a los solicitantes, más generosos en unos Estados miembros que en otros, redundando evidentemente en la proliferación de movimientos

secundarios y solicitudes múltiples ejerciendo una presión añadida sobre los sistemas de asilo de determinados Estados miembros.

Por último, la valoración práctica de la Directiva 2011/95 es asimismo desfavorable. El amplio margen de apreciación que permite se ha traducido en normativas nacionales muy dispares en lo tocante a los porcentajes de reconocimientos por países miembros, la duración de los permisos de residencia concedidos o el acceso a los derechos que prevé la Directiva, siendo en especial preocupante la falta de homogeneidad y rigor en la aplicación y control de las disposiciones sobre cese del estatuto reconocido una vez que las circunstancias que justificaron esa singular protección desaparecen, y la falta de convergencia en las decisiones relativas al tipo de estatuto de protección que cada Estado miembro concede. Como era de esperar, los sistemas nacionales de asilo con derechos y niveles de reconocimiento más elevados están ejerciendo una vis atractiva sobre los solicitantes de protección internacional en perjuicio de las reglas elementales del sistema de Dublín, alentando en definitiva los mencionados movimientos secundarios.

6.2. Propuestas normativas revisoras del sistema europeo común de asilo

La UE ha emprendido la revisión y mejora de su política migratoria, particularmente del sistema europeo común de asilo, a través de la reforma de las principales normas que componen el mismo, tomando como referente unas líneas directrices diseñadas por la Comisión³⁰, con la finalidad última de constituir a la UE en refugio seguro para los que huyen de persecuciones, al tiempo que destino atractivo para estudiantes, investigadores y trabajadores, proteger nuestras fronteras exteriores y defender los valores que predicamos y nos caracterizan, propiciando la prosperidad económica y la cohesión social de Europa.

El día 4 de mayo de 2016 la Comisión presentó un primer conjunto de propuestas de modificación al objeto de implantar un sistema de Dublín sostenible y justo para determinar el Estado miembro responsable de examinar solicitudes de asilo, reforzar el sistema Eurodac para una

³⁰ Ver al respecto la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, “Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa”, 6.4.2016, COM (2016) 197 final, p.6.

mejor supervisión de los movimientos secundarios y facilitar la lucha contra la inmigración ilegal, y transformar la Oficina de apoyo al asilo en una auténtica Agencia de asilo europea capaz de velar por el buen funcionamiento del sistema europeo de asilo.

En concreto, la propuesta de reforma del Reglamento de Dublín³¹ para simplificar el procedimiento de asilo y aumentar su eficacia en la práctica, está presidida por la idea de ser capaz de afrontar situaciones críticas como la actual contemplando, entre otros aspectos, la garantía de un reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros con un mecanismo de asignación correctora que sería de aplicación automática en aquellas situaciones en que los mismos se enfrenten a un número desproporcionado de solicitudes de protección internacional. A fin de evitar movimientos secundarios, clarifica las obligaciones de los solicitantes de presentar su solicitud en el Estado miembro de primera entrada y permanecer en el territorio del Estado que ha sido designado responsable de examinar y resolver tal solicitud, determinando consecuencias materiales y procesales proporcionadas ante supuestos de incumplimiento de aquellas obligaciones.

Por su parte, la propuesta de reforma del sistema Eurodac³² persigue reforzarlo y contribuir así a luchar eficazmente contra la migración irregular alentada por las redes de traficantes de seres humanos, al permitir utilizar esta peculiar base de datos para agilizar la identificación y redocumentación de los migrantes, evaluar mejor las expectativas de fuga y tramitar con mayor celeridad los procedimientos de retorno y readmisión.

³¹ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), Bruselas, 4.5.2016, COM(2016) 270 final, 2016/0133 (COD).

³² Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del [Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida] y de la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación ilegal, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley (refundición), Bruselas 4.5.2016, COM(2016) 272 final — 2016/0132(COD).

El día 13 de julio de 2016 la Comisión completaba la reforma del sistema europeo común de asilo con cuatro nuevas propuestas de modificación, tres de las cuales afectan respectivamente a las Directivas de procedimientos de asilo, condiciones de acogida de solicitantes de asilo y reconocimiento de la condición de beneficiario de protección internacional, y una cuarta propuesta relativa a un marco de reasentamiento en la UE.

Para las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo la Comisión escoge la directiva como instrumento jurídico idóneo para seguir ahondando en la armonización de esas condiciones, consciente de la evidente diversidad de aspectos sociales y económicos existente entre los países comunitarios, que desaconsejan en estos momentos una armonización plena. Pero elige sendos reglamentos para sustituir las directivas de procedimientos de asilo (2013/32) y de reconocimiento (2011/95). Siendo el reglamento una norma directamente aplicable (a diferencia de la directiva, que requiere su transposición al Derecho nacional) permite, en el primer caso, lograr un mayor grado de armonización y uniformidad en los procedimientos de asilo resueltos en los diferentes Estados miembros, garantizando la plena convergencia de las normas procedimentales en todos los Estados miembros de la UE, creando de este modo un auténtico procedimiento común, sólido, coherente e integrado, capaz de remover los incentivos a los movimientos secundarios. En el segundo caso, la finalidad ha sido unificar los niveles de protección dispensada a los beneficiarios de protección internacional, con independencia de cuál sea el país miembro en el que hayan presentado su solicitud, tratando de alcanzar una mayor convergencia entre las legislaciones nacionales en la decisión de concesión del asilo y su alcance, sustituyendo las actuales reglas de carácter opcional por reglas de obligado cumplimiento que establezcan criterios comunes en esta materia.

Sin ánimo exhaustivo, conviene en este punto resaltar los aspectos más relevantes de las modificaciones propuestas por la Comisión, que en la actualidad se encuentran en plena tramitación.

En primer lugar, la propuesta de Reglamento para establecer un auténtico procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión³³ que sea eficiente, justo y equilibrado, incorpora normas

³³ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional

estrictas que regulan procedimientos más sencillos y claros, con plazos más breves y razonables para evaluar y resolver las solicitudes de asilo, así como para tramitar aquellas manifiestamente infundadas e inadmisibles, garantizando procesalmente, en todo caso, la salvaguarda de los derechos de los solicitantes.

En segundo lugar, la propuesta de Directiva relativa a las condiciones de acogida (que refunde la Directiva 2013/33)³⁴ exige a los Estados miembros una mayor convergencia observando, en particular, los estándares operativos y los indicadores sobre las condiciones de acogida elaborados por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y adoptando planes de contingencia capaces de garantizar de inmediato una adecuada acogida de los solicitantes, sin perjuicio de un número desproporcionado de solicitantes.

Figura en la propuesta la ampliación de las condiciones materiales de acogida a artículos no alimentarios como los de carácter sanitario, señalando que los considerados “esenciales” (alojamiento, alimentación, vestido) no pueden reducirse ni retirarse. La presencia irregular del solicitante en otro Estado miembro puede ser determinante, como excepción, para negarle la escolarización y educación de los menores (sin perjuicio de ofrecer a los menores en todo caso el acceso a actividades adecuadas a su edad a la espera del traslado al Estado miembro responsable), empleo y formación profesional, si bien siempre tendrá derecho a la asistencia sanitaria y a la cobertura de sus necesidades básicas y de subsistencia en términos de seguridad física, dignidad y relaciones interpersonales. Se articulan reglas más estrictas sobre: libre circulación en el territorio o un lugar específico de un Estado miembro; información a los solicitantes respecto de los beneficios de que pueden gozar y las obligaciones que contraen, así como las consecuencias de su incumplimiento, especialmente en supuestos de fuga; y la concesión de documentos de viaje si existen razones humanitarias graves o razones imperativas (viajes por motivos laborales, por ejemplo), entre otros. Con todo, la propuesta potencia las perspectivas de autonomía y eventual

en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, Bruselas, 13.7.2016, COM(2016) 467 final, 2016/0224 (COD).

³⁴ Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), Bruselas 13.7.2016, COM(2016) 465 final, 2016/0222 (COD).

integración del solicitante en la sociedad de acogida, esencialmente a través de su incorporación al mercado de trabajo.

En tercer lugar, la propuesta de Reglamento sobre normas atinentes a los requisitos de reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional (anterior Directiva 2011/95)³⁵ introduce reglas para revisar con cierta periodicidad el estatuto del beneficiario de protección internacional, de forma que se valoren los cambios significativos que hayan podido producirse en las circunstancias que fueron determinantes de la concesión de aquella protección. Insiste en la necesidad de que los Estados miembros integren a estas personas en su sociedad, para lo que amplía el elenco de derechos laborales que contempla la Directiva actual, lo cual se espera redunde en beneficios sociales para los interesados, que deberán comprometerse a participar en actividades de integración específicas.

Por último, la propuesta de un Reglamento para establecer un Marco de Reasentamiento de la Unión³⁶ que, a partir de las experiencias de los programas nacionales en dicho ámbito y las actuales iniciativas de reasentamiento y admisión humanitaria a nivel comunitario, pretende abordar, con vocación de permanencia y de manera armonizada, un procedimiento estructurado y unificado de reasentamiento que, bajo un enfoque más sólido y colectivo, defina y facilite la puesta en marcha de la política de la UE en esta materia, reforzando al mismo tiempo la posición unívoca de la UE en los foros internacionales

El reglamento propuesto ofrece a los migrantes procedentes de terceros países, necesitados claramente de protección internacional, una vía segura y legal de acceso a la UE, evitándoles acudir a otros medios alternativos e ilegales con el consiguiente riesgo para su vida, o caer

³⁵ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, Bruselas, 13.7.2016, COM(2016) 466 final, 2016/0223(COD).

³⁶ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) n.º 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2016, COM/2016/0468 final - 2016/0225 (COD).

en redes de traficantes y tratantes de seres humanos. A las personas reasentadas en el territorio de un Estado miembro se les aplican las disposiciones sobre protección internacional, lo que configura esta propuesta de reglamento como parte esencial del sistema europeo común de asilo. Derivadamente, la propuesta contribuiría a aliviar los sistemas nacionales de asilo más afectados por las llegadas espontáneas de personas desplazadas, estableciendo un reparto de responsabilidades entre los Estados miembros.

En conclusión, la reforma del sistema europeo común de asilo constituye una pieza clave en la estrategia global de la política migratoria de la UE. Se han puesto en práctica las medidas de reubicación y reasentamiento anunciadas en la agenda europea de migración con los efectos comentados. Aunque los resultados son tangibles, no se puede continuar confiando en acciones específicas de aplicación a corto plazo para dar soluciones perdurables, por lo que es preciso agilizar en la medida de lo posible el proceso de reformas emprendido.

Las propuestas legislativas a las que se ha hecho referencia se encuentran actualmente en estado de tramitación. Como señala la Comisión Europea en una Comunicación reciente³⁷, no avanzan todas a la misma velocidad. De momento se ha alcanzado un acuerdo político en lo referente a la propuesta de la Agencia de Asilo de la UE e igualmente ha comenzado el diálogo a tres bandas acerca de la propuesta relativa a Eurodac. Las gestiones sobre la directiva de condiciones de acogida y sobre los reglamentos de procedimiento único de asilo y de requisitos de reconocimiento como beneficiario de protección internacional siguen su curso razonablemente, y de la misma manera las referentes al reglamento para establecer un marco de reasentamiento de la UE. El problema se encuentra en la lentitud con que se están llevado a cabo las negociaciones acerca del sistema de Dublín.

Un compromiso renovado por parte de los actores implicados sería preciso para impulsar el proceso y lograr un sistema común de asilo resiliente, capaz de prever y, sobre todo, resistir y afrontar con eficacia

³⁷ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Delivery of the European Agenda on Migration, Brussels, 27.9.2017, COM(2017) 558 final.

cualquier situación de crisis migratoria en el futuro. Un sistema en el que los Estados miembros trabajen solidariamente en pro de un mismo interés, asegurando un reparto equitativo y justo de sus responsabilidades cualesquiera que sean las circunstancias.

7. Derechos sociales de los solicitantes de asilo y refugiados

Las Directivas de condiciones de acogida de los solicitantes de asilo y de requisitos para el reconocimiento de los beneficiarios de protección internacional (2013/33 y 2011/95, respectivamente) contienen referencias expresas a los derechos sociolaborales que asisten a tales personas. Se trata de derechos que las normas reconocen y modulan según sea la situación del individuo como demandante de protección internacional, o una vez que ha alcanzado el estatuto de refugiado o beneficiario de protección subsidiaria.

El interés que despierta este tipo de derechos y particularmente el derecho al trabajo configurado expresamente como un derecho fundamental³⁸ con respecto a tan singulares beneficiarios, estriba en ser la llave de su integración efectiva en la sociedad del Estado de acogida, que al fin y al cabo es el objetivo último de las normas. Si tal acogida se realiza en condiciones que permitan al solicitante de asilo o al refugiado, en su caso, trabajar y obtener un medio de vida digno para atender a las necesidades propias y de los miembros de su familia, estará en gran medida garantizada esa inserción social, pues la piedra angular es sin duda el acceso al mercado de trabajo.

³⁸ Art. 15.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

³⁹ Como instrumentos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, (Nueva York, 31 de enero de 1967), reconocen el derecho al trabajo de los refugiados en las mismas condiciones que los trabajadores que sean nacionales de terceros Estados (arts 17 a 19), y el mismo trato que a los nacionales del Estado de acogida en materia de seguridad social (art. 24). Estos derechos son reconocidos asimismo en la Carta Social Europea (Turín, 1961, arts 1 y 12) que, pese a aplicarse a los nacionales de los Estados parte de Consejo de Europa, se extiende asimismo a los refugiados que entran en el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra, reconociendo su derecho a un trato tan favorable como sea posible (Apéndice). En el contexto de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce a toda persona el derecho al trabajo (art. 15) y el derecho a la seguridad social con arreglo a la normativa comunitaria (art. 34).

Las directivas vigentes –2013/33 y 2011/95-, siguiendo la estela de las normas internacionales³⁹, reconocen derechos laborales y de protección social a los solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional (en adelante, “refugiados”), respectivamente.

La posición de los solicitantes de asilo es precaria por naturaleza. La Directiva 2013/33 de condiciones de acogida reconoce a estas personas unos derechos que podrán ser disfrutados en tanto se esté tramitando su solicitud de asilo, pero una vez resuelta, si es en sentido positivo, cambia su estatus hacia el de “beneficiario de protección internacional”, con matizaciones nuevas en sus derechos laborales como consecuencia de aplicar diferente norma reguladora. De ser rechazada la solicitud de asilo, el interesado debe ser retornado a su país de origen, dejando de ostentar los derechos que fueron reconocidos en virtud de la directiva de condiciones de acogida.

En términos generales, la Directiva de condiciones de acogida contiene referencias al acceso al mercado laboral y la formación profesional. Conmina a los Estados miembros a “velar” por que los solicitantes tengan acceso al mercado laboral, a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional” (art. 15.1), señalando los requisitos necesarios al efecto y garantizando un acceso efectivo, si bien, de conformidad con la política del mercado de trabajo, los Estados miembros podrán dar prioridad a los ciudadanos de la UE y a los nacionales del Espacio Económico Europeo, y a los extranjeros con residencia legal (art. 15.2). Con independencia de tener o no acceso al mercado laboral, los Estados miembros pueden permitir a los solicitantes el acceso a la formación profesional. Como medida de protección social, la Directiva repara en la atención sanitaria de los solicitantes de asilo, que como mínimo deberá incluir los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves, sin perjuicio de una atención especial para los solicitantes con necesidades de acogida particulares, por ejemplo, atención sanitaria psíquica (art. 19).

Por su parte, la situación de los refugiados es asimismo transitoria mientras persisten las particulares circunstancias en su país de origen que hacen peligrar su vida o integridad y justifican haber obtenido la protección internacional. Cuando esa situación cesa, ya no hay motivo para mantener tal protección y el refugiado debe volver a su país de

origen, no obstante la posibilidad de permanecer en la UE bajo un estatus diferente, por ejemplo, como migrante económico.

La posición más reforzada de los refugiados es patente en el reconocimiento de derechos sociolaborales, si se compara con los solicitantes de asilo. Desde que se les concede la protección y conforme establece la Directiva 2011/95, los refugiados están autorizados para acceder al mercado laboral del Estado miembro como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, pudiendo participar en actividades formativas para adultos, formación profesional y cursos de formación para la mejora de las cualificaciones, recibiendo asesoramiento de los servicios de empleo en condiciones equivalentes a las de los nacionales (art. 26). Los Estados miembros deben garantizar la igualdad de trato con los nacionales en los procedimientos de reconocimiento de cualificaciones oficiales extranjeros, y en caso de no poder aportar documentos justificativos de sus cualificaciones, deberán facilitar el pleno acceso a sistemas adecuados de evaluación, convalidación y certificación de su formación anterior (art. 28). En calidad de trabajadores, se les aplica la legislación nacional en materia laboral (condiciones de trabajo) y de seguridad social.

En materia de protección social, los Estados miembros deben garantizar a los beneficiarios de protección internacional la asistencia social necesaria, que puede limitarse a las prestaciones básicas, en cualquier caso, ofrecidas en igualdad de condiciones que a los nacionales (mismo nivel y requisitos) (art. 29). Por lo que respecta a la asistencia sanitaria, debe facilitarse en las mismas condiciones que a los nacionales del Estado miembro, igualdad que se aplicaría, en su caso, a una asistencia sanitaria adecuada, incluido el tratamiento de trastornos psíquicos, para los beneficiarios de protección internacional que tengan necesidades especiales (art. 30)⁴⁰.

Como se ha destacado con anterioridad, ambas normas son objeto de revisión a través de sendas propuestas de modificación presentadas por la Comisión y actualmente en trámite.

Resulta sorprendente el conjunto de novedades introducidas en la Directiva sobre condiciones de acogida en materia sociolaboral,

⁴⁰ Como las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual o los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados.

potenciando en suma las perspectivas de autonomía y eventual integración social. El solicitante de asilo tendría unos derechos de los que ahora carece, aproximándole en este aspecto a los beneficiarios de protección internacional. Aparte de adelantar a seis meses el acceso al mercado laboral, impondría a los Estados miembros la obligación de garantizar la igualdad de trato con sus nacionales en las siguientes materias: 1) condiciones laborales, incluyendo remuneración y despido, permisos y vacaciones, así como las condiciones de seguridad y salud en el lugar de trabajo; 2) libertad de afiliación, de asociación en organizaciones empresariales y de participación en órganos de representación de trabajadores, 3) formación profesional, 4) reconocimiento de titulaciones oficiales, y 5) acceso a las ramas de seguridad social que menciona el Reglamento 883/200. Quedarían excluidas de la igualdad de trato: 1) cuando se trata de órganos de representación en las administraciones públicas, 2) en caso de ser formación profesional vinculada directamente a determinada actividad laboral, y 3) a las prestaciones familiares de seguridad social y prestaciones por desempleo.

En lo que afecta a la modificación de la Directiva 2011/95, se amplía el elenco de derechos laborales de los beneficiarios de protección internacional, reconociendo expresamente la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de despido, tiempo de trabajo, permisos y vacaciones, así como seguridad y salud laboral en el lugar de trabajo; libertad de asociación y afiliación, y formar parte de organizaciones de empresarios; y acceso a las ofertas ofrecidas por las oficinas de empleo.

Es interesante, en concreto, la propuesta consistente en que las decisiones que pongan fin al estatuto de refugiado o de persona con protección subsidiaria produzcan efecto sólo después de un período de tres meses, siempre que durante el mismo tengan la oportunidad de solicitar otro estatuto, por ejemplo laboral, recurriendo a los instrumentos comunitarios que regulan la migración legal. De este modo se posibilitaría la permanencia en el Estado miembro del interesado incluso hasta adquirir la residencia de larga duración, realizando el objetivo de plena integración en la sociedad de acogida que persigue la norma.

Mejoras evidentes en ambos supuestos cuyo impacto, en caso de prosperar las propuestas, habría que medir a su debido tiempo. De momento, nos sirve la siguiente reflexión formulada por un representante

de ACNUR: para lograr una integración local perdurable en la sociedad de acogida, sería necesario garantizar a los solicitantes de asilo y refugiados el disfrute de los mismos derechos sociolaborales que los ciudadanos del país receptor. Lo contrario sólo puede contribuir a incrementar su frustración y ampliar las barreras existentes entre ese colectivo y la población local⁴¹.

8. El reto: la integración en el mercado laboral

Como consecuencia de las obligaciones internacionales contraídas y de la transposición al Derecho nacional de las directivas comentadas, las normativas de asilo de los países miembros consagran los derechos sociales mencionados con diferente amplitud.

La suerte de los solicitantes de asilo y de los refugiados puede variar según sea el Estado miembro de acogida, no sólo por el grado de reconocimiento que se haga de esos derechos, sino por múltiples factores –políticos, económicos, sociales y culturales- que pueden obstaculizar su desarrollo y efectividad práctica en cada momento histórico. La normativa comunitaria no ha podido impedir la proliferación de estas barreras que afectan en gran medida al acceso al mercado laboral de los solicitantes de asilo y refugiados, siendo el reto de los propios países articular las medidas necesarias para sortearlos y conseguir una integración social efectiva de tales personas, dirección en la que camina la propuesta de reforma de las directivas citadas.

Hay que reconocer que permitir el acceso efectivo al mercado de trabajo de los solicitantes de asilo y de los refugiados es beneficioso no sólo para los interesados, sino para la propia sociedad que los acoge. De un lado, tener una ocupación laboral o profesional cobra especial significación en estos casos porque contribuye a reafirmar su propia dignidad y autoestima, al tiempo que favorece la autosuficiencia económica que facilita el objetivo de integración. Para la sociedad receptora, resultará menos costoso tener ocupados en el mercado laboral

⁴¹ Beer, O., “The local integration of refugees and social rights”, *Round table on the social rights of refugees, asylum-seekers and internally displaced persons: A comparative perspective*, UNHCR AND THE COUNCIL OF EUROPE’S DEPARTMENT OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER, Strasbourg, 7 December 2009, p. 5.

a los solicitantes de asilo y refugiados que sufragar su mantenimiento mientras se resuelve la solicitud de asilo o cesa la situación alarmante en el país de origen del refugiado. El empleo además, contribuye a la cohesión social fomentando la interconexión entre estas personas y la comunidad local, favoreciendo una integración natural en la sociedad de acogida. En el supuesto de no permanecer en el Estado miembro de acogida porque se ha denegado el asilo o se ha normalizado la situación en el país de origen, el hecho de haber estado ocupado laboralmente mientras tenía la condición de solicitante de asilo o refugiado tiene indudables consecuencias positivas para el propio individuo en el plano profesional (y por supuesto personal), redundando como valor añadido en beneficio de su propio país cuando regrese. Por el contrario, la falta de trabajo en el país de acogida sitúa a estas personas en una posición de vulnerabilidad al ser su situación más desfavorable que la de los propios nacionales y otros extranjeros con residencia legal, provocando una segmentación de la población con efectos excluyentes de estos colectivos, una brecha difícil de remediar.

Los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de los solicitantes de asilo y refugiados son de muy variada entidad y origen. A tal efecto resulta interesante el análisis llevado a cabo por diferentes expertos de los Estados miembros en el seno del Observatorio Europeo de las Políticas de Empleo, en el que identifican las barreras que dificultan a aquéllos el acceso al mercado laboral⁴², clasificándolos en varias categorías: legales y administrativos, institucionales, económicos y del mercado de trabajo, educacionales, sociales y culturales.

Siguiendo el estudio del Observatorio, las reglas de acceso al mercado de trabajo difieren según sea el estatuto legal: mientras se reconoce el derecho a los refugiados, los solicitantes de asilo tienen limitada la entrada al mercado laboral durante nueve meses (según la directiva), lo que se traduce en la práctica en un abanico de posibilidades distintas

⁴² European Employment Policy Observatory, *Challenges in the labour market integration of asylum seekers and refugees*, European Commission, United Kingdom, May 2016. Otros estudios en la misma línea temática y con enfoque similar son EUROFOUND, *Approaches to the labour market integration of refugees and asylum seekers*, Publications Office of the European Union, 2016, Luxembourg; KONLE-SEIDL, R., *Labour market integration of refugees: Strategies and good practices*, Directorate General for internal policies, Policy Department A: Economic and scientific policy, European Parliament, March 2016, Brussels.

conforme a cada país miembro, que van desde no aplicar limitación alguna (Grecia, Portugal, Suecia) hasta impedir su acceso al mercado laboral (Irlanda, Lituania), pasando por períodos inferiores a los nueve meses (tres meses en Austria, Alemania, Bulgaria y Rumanía; cuatro en Bélgica; seis en Finlandia, Polonia y Chipre).

Los solicitantes de asilo encuentran barreras legales en el número de horas o meses que se les permite trabajar (Holanda, Austria), restricciones en los puestos que pueden ocupar (Chipre, Hungría, Austria), exigencias específicas sobre la edad (Austria), fijación de un umbral salarial (Dinamarca, Chipre, Holanda) y exigencia de sometimiento a una prueba o examen acerca del mercado laboral (Alemania, Francia, Luxemburgo, Hungría y Austria).

Los obstáculos administrativos que peor impacto causan en la integración laboral de ambos colectivos suelen ser la duración más o menos prolongada de la tramitación y resolución del procedimiento de asilo, durante el cual se les impide ocupar un puesto de trabajo, o el tiempo que lleva la gestión de las autorizaciones para residir y trabajar en el país de acogida, normalmente concedidas por una duración limitada aunque renovable, implicando en cualquier caso un coste económico para el beneficiario. Este tipo de trabas administrativas impiden alcanzar un empleo con prontitud, con evidentes efectos derivados a nivel personal, profesional y social.

En el plano institucional el foco de atención se centra en los servicios públicos de empleo de los países miembros. Los problemas que en este ámbito actúan en detrimento de la empleabilidad de los solicitantes de asilo y refugiados derivan a menudo de la falta de cooperación o coordinación entre las instituciones públicas implicadas en este ámbito, la insuficiente dotación económica o de personal de tales servicios, o la inadecuada e incluso carente coordinación de los programas de empleo dedicados a estos inmigrantes con otros de integración igualmente necesarios y complementarios, sea de aprendizaje idiomático o de conocimiento acerca del mercado de trabajo, la cultura y la propia sociedad del Estado miembro de acogida.

Pese a tener reconocido el derecho de acceso al mercado laboral, los refugiados pueden encontrar límites para ocupar determinados puestos de trabajo. Para los solicitantes de empleo, su precaria e indefinida situación desde que se les permite acceder al mercado laboral mientras

se sustancia el procedimiento de asilo, o como consecuencia de la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo de vigencia limitada, genera a menudo efectos disuasorios entre los empleadores dispuestos a su contratación, expectantes ante un futuro claramente incierto. El impedimento para trabajar puede operar incluso hasta que se resuelve la solicitud de asilo y adquieren el estatuto de refugiado, período de inactividad laboral más o menos prolongado que los empresarios suelen valorar negativamente cuando los refugiados son demandantes de empleo.

Aparte de los aspectos señalados, la empleabilidad de los solicitantes de empleo y refugiados se ve comprometida por la confluencia y competitividad con la mano de obra nacional en un mercado de trabajo recientemente impactado por la crisis económica o con problemas estructurales de complicado abordaje, en cualquier caso evidenciando elevadas tasas de desempleo en algunos países y la pérdida de los empleos de baja cualificación tradicionalmente ocupados por extranjeros, relegándolos en el mejor de los casos a ocupaciones de difícil cobertura a juicio de cada Estado miembro, situación que en su conjunto puede favorecer la deriva hacia la economía sumergida donde el riesgo de abuso y explotación de los refugiados es patente.

En el acceso y permanencia en el mercado de trabajo juegan un papel destacado asimismo la educación, la formación y la experiencia profesional encontrando serias dificultades y restricciones en el aprendizaje idiomático, o complicaciones administrativas para el reconocimiento de las cualificaciones y competencias adquiridas en su país de origen -cuando no resulta imposible-, lo que probablemente conlleva a ocupar a personas cualificadas en ocupaciones de inferior categoría a la correspondiente a su nivel de estudios, capacidad y formación profesional, con la consiguiente pérdida de experiencia y empleabilidad.

La tarea de los Estados miembros, coordinada con las instituciones, debería ser la de remover los obstáculos administrativos y legales que impiden un acceso pleno al mercado laboral de los refugiados y solicitantes de asilo, en particular abordando procedimientos simplificados de reconocimiento de sus cualificaciones profesionales y experiencia laboral, o dejar de postergarlos con respecto a los trabajadores nacionales y extranjeros que residen legalmente. Asimismo, hay que agilizar la tramitación de los procedimientos de evaluación de las solicitudes de asilo para llegar cuanto antes a adoptar una resolución final. Desde

los servicios de empleo, es preciso facilitarles instrumentos para la adquisición de las habilidades y destrezas que requiere ocupar un puesto de trabajo: idioma, orientación y formación profesional, participar en medidas activas de empleo. Del mismo modo, atender sus necesidades específicas y llevar a cabo acciones encaminadas a su integración laboral, contribuiría a reducir la brecha en el empleo entre estos colectivos y los nacionales del país de acogida.

9. Conclusión

La Unión Europea está enfrentada al difícil desafío de dar una solución eficaz, justa y a la vez humana, al fenómeno extraordinariamente complejo de la crisis migratoria. En la aplicación de las medidas temporales de reubicación y reasentamiento se ha podido apreciar la gravedad del problema en toda su dimensión, lo que lejos de desalentar a la Unión debe servir de estímulo para persistir en la línea trazada por la reforma del sistema europeo común de asilo, propiciando unos sistemas nacionales más homogéneos, en los que se garantice a las personas que demandan protección internacional el disfrute de los mismos derechos sociolaborales que a los ciudadanos del país de acogida, pieza clave para su efectiva integración social. Sólo la esperanza en el logro de este propósito puede animar y vislumbrar un horizonte plenamente solidario y fraterno.



LA PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE AL DESPIDO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

DR. DAVID MONTOYA MEDINA

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

SUMARIO:

- 1.- Introducción.
- 2.- Extinción del contrato de trabajo con ocasión de la carencia por el trabajador de la autorización administrativa de residencia y trabajo.
- 3.- El posible juego de la condición resolutoria.
- 4.- La extinción contractual por ineptitud sobrevenida.
- 5.- Los efectos de la improcedencia o nulidad del despido: la imposibilidad de la readmisión.
- 6.- Conclusiones.
- 7.- Bibliografía citada.

1. Introducción

Como es sabido, el art. 7 c) del RDL 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) reconoce a los trabajadores extranjeros capacidad para contratar en España su prestación de trabajo “*de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia*”. Por lo que concierne a los

extranjeros no pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, dicha legislación específica viene constituida, sustancialmente, por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social* (en adelante LOEX) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el reglamento que desarrolla aquella.

En efecto, fuera de los nacionales de Estados miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo que, como tales, gozan de libertad de circulación y de trabajo en el territorio español, la legislación de extranjería viene estableciendo un régimen de intervención administrativa que restringe claramente el derecho de estos a aceptar libremente ofertas de trabajo en España, condicionándolo a la previa obtención por el trabajador de la denominada “*autorización de residencia y trabajo*” (art. 36 LOEX). Dicho importante condicionante administrativo exige distinguir, por contar con regímenes legales diferenciados, entre las prestaciones de trabajo de los extranjeros que cuenten con la pertinente autorización de residencia y trabajo de la de aquellos que carezcan de la misma. El art. 10 LOEX reconoce a los primeros pleno derecho a ejercer una actividad remunerada en España, por cuenta propia o ajena, así como el acceso al Sistema de Seguridad Social. El segundo de los colectivos citados (los extranjeros carentes de la pertinente autorización administrativa) no solo quedan fuera de dicho régimen legal de acceso al trabajo sino que su contratación es constitutiva de infracción administrativa sancionable tanto para el empresario (art. 54.1 d) LOEX) como para el propio trabajador extranjero (art. 53.1b) LOEX).

Sin embargo, nuestra legislación no es ajena a la realidad de las prestaciones de trabajo fuera del marco legal disciplinado por la LOEX ni a los efectos perjudiciales de todo orden que pueden derivarse para el trabajador que se encuentra prestando servicios laborales en condiciones de irregularidad. En este sentido, el art. 36.5 LOEX dispone que “*la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero...*”. De esta forma, parece que el legislador pretende garantizar al trabajador extranjero en situación administrativa irregular determinados derechos laborales con el fin de dotarle de cierta esfera de protección jurídica y social. El precepto no deja claro si el contrato

del trabajador extranjero no autorizado debe reputarse nulo o válido. Sin embargo, sí parece desprenderse del mismo que, aún en la hipótesis de entender la nulidad de la relación contractual, deben reconocerse al trabajador extranjeros los derechos laborales que ostentaría cualquier otro trabajador.

De entre el elenco de derechos que deben reconocerse al trabajador extranjero que carece de la pertinente autorización administrativa, resulta razonable entender comprendidos los relativos al despido y a su impugnación¹. Con todo, ello no implica desconocer que existen supuestos en los que la pérdida por el trabajador extranjero de la preceptiva autorización administrativa podría posibilitar la lícita extinción del contrato de trabajo a instancia del empresario. Tampoco que la mera aplicación automática de determinadas disposiciones legales de protección frente al despido puede producir ciertas distorsiones cuando se trata de trabajadores extranjeros no autorizados para trabajar en España. De uno y otro aspecto se dará cuenta a continuación.

2. Extinción del contrato de trabajo con ocasión de la carencia por el trabajador de la autorización administrativa de residencia y trabajo

Como es sabido, dentro del amplio catálogo de causas para la extinción del contrato de trabajo que ordena el art. 49.1 ET no se contempla ninguna a la que resulten reconducibles los supuestos de carencia por el trabajador extranjero de la preceptiva autorización administrativa de residencia y trabajo. No podía ser de otra manera pues, a salvo de los supuestos de abandono del puesto de trabajo por trabajadoras víctimas de violencia de género, las causas de extinción previstas en la redacción vigente del art. 49 ET vienen a ser las mismas que las contempladas originariamente por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET. Siendo ello así, resulta impensable que esta norma pudiera haber hecho referencia expresa a la posible extinción del contrato de trabajo de trabajadores

¹ Cfr., entre otras muchas, las sentencias TSJ Madrid 13 de septiembre de 2005 (Rec. n° 2486/2005), Fund. Jco único *in fine* y TSJ Castilla León 25 de noviembre de 2003 (Rec. n° 1074/2003), Fund. Jco único.

extranjeros carentes de la correspondiente autorización administrativa pues la misma, como es lógico, se redactó sin pensar en las particularidades o problemas que pueden suscitarse en este concreto ámbito.

Ello no obstante, conviene adelantar ya aquí que existen dos causas de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 ET que, bajo determinadas circunstancias, aparentemente podrían justificar la válida extinción del contrato de trabajo del trabajador extranjero que pierde la autorización administrativa de residencia y trabajo. Es el caso concreto de la extinción por ineptitud del trabajador como causa de despido objetivo (art. 49.1 l) ET) y de la extinción por cumplimiento de condición resolutoria válidamente pactada en el contrato de trabajo (art. 49.1 b) ET). Las siguientes páginas se dedicarán al análisis de la posible operatividad extintiva de ambas causas sobre el contrato de trabajo del trabajador extranjero no autorizado.

3. El posible juego de la condición resolutoria

En los casos en que el trabajador extranjero, durante la vigencia de la relación laboral, pierda la autorización administrativa de residencia y trabajo, se plantea si el empresario puede o no despedir al trabajador con fundamento en el art. 49.1 b) ET que permite la extinción del contrato de trabajo por “*las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*”.

Como es sabido, la condición resolutoria se viene identificando con un suceso futuro o incierto, o un futuro pasado que las partes ignoren, al que se supedita la producción de efectos del contrato (art. 1113 CC). Conforme a la doctrina civil, condición resolutoria es “*aquella de que depende la cesación (la subsistencia de su eficacia) del efecto jurídico querido*”. En consecuencia, si un negocio jurídico está sujeto a condición resolutoria, “*los efectos jurídicos previstos tienen lugar de inmediato, pero cesan al cumplirse la condición*”². Constituyen requisitos generales para su validez en el Derecho común que no sea de imposible cumplimiento

² Montes Penades, V.L. “Artículo 1114”, en Albaladejo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. I, Edersa (Madrid), 1989, pág. 1039.

(art. 1116 CC) y que no resulte contraria a las leyes, a la moral, ni al orden público (art. 1255 CC). Por lo demás, conforme a la doctrina civilista más autorizada, los rasgos característicos de la condición resolutoria son, aparte de la incertidumbre que pesa sobre la materialización de la condición, la imposibilidad de ser presumida, pues su acreditación resulta imprescindible por quien la alega. También el hecho de que la condición pese sobre la producción de los efectos negociales pero no sobre el negocio jurídico en sí mismo considerado³. Por consiguiente, la resolución del contrato de trabajo sujeto al cumplimiento de una condición resolutoria podrá o no instarse en función de la materialización del acontecimiento que constituya la condición (art. 1114 CC) pero, entretanto, el contrato sigue produciendo efectos.

La legislación laboral vigente no contiene más mención a la condición resolutoria como causa extintiva del contrato de trabajo que la señalada en el art. 49.1 b) ET. De aquí que sea dable plantearse si resultaría admisible pactar como condición resolutoria del contrato de trabajo la no obtención en plazo por el trabajador extranjero de la correspondiente renovación de su autorización administrativa de residencia y trabajo.

En un primer acercamiento, no parece que una condición semejante pudiera antojarse abusiva por cuanto ni su introducción representaría dejar al completo arbitrio del empresario la libre resolución contractual, ya que ésta seguiría condicionada a la materialización del hecho futuro e incierto de la que depende, ni supondría un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y/o un perjuicio desproporcionado y no equitativo para el trabajador⁴. En esta línea, la inserción de este tipo de cláusulas contractuales ha venido siendo avalada por la propia jurisprudencia que, desde antiguo, viene admitiendo la licitud de las condiciones resolutorias consistentes en supeditar la vigencia de la relación de trabajo a la obtención por el trabajador de determinada autorización administrativa que le resulta legalmente preceptiva para la

³ Díez-Picazo y Ponce de León, L y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid (Tecnos), 1990, pág. 100. Montes Penades, V.L. "Artículo 1113", en Albaldadejo, M. (Coord.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. I, Edersa (Madrid), 1989, pág. 1014.

⁴ Sentencias TS 14 de diciembre de 2011 (Rec. n° 774/2011) y 4 de diciembre de 2007 (Rec. n° 507/2007).

prestación de sus servicios⁵. En coherencia con ello, existen puntuales pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina judicial que han corroborado la validez de la inserción de este tipo de cláusulas en los contratos de trabajadores extranjeros no comunitarios, atribuyéndoles plenos efectos extintivos de verificarse la no renovación de la autorización de residencia y trabajo, bien por no haber sido solicitada por el trabajador en el plazo fijado por el art. 71 del RD 557/2011, bien por haber recaído resolución denegatoria⁶.

En cualquier caso, se debe precisar aquí, que la posible operatividad de la condición resolutoria como causa de extinción del contrato de trabajo del trabajador extranjero se debe entender condicionada al transcurso del plazo de noventa días que el art. 71.1 del RD 557/2011 establece como periodo máximo para la renovación del permiso de trabajo tras su expiración. De otra manera, la condición no podría entenderse cumplida, pues, conforme a lo dispuesto por el citado precepto reglamentario, la presentación de la solicitud de renovación en dicho plazo prorrogará los efectos de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento⁷. Tampoco, a mi juicio, podría jugar, en el caso extremo de que la irregularidad de la situación administrativa del trabajador se hubiese extendido durante un lapso de tiempo tan considerable como para entender que era conocida y tolerada por la empresa. Y es que no resulta razonable, por imperativo de la doctrina de los propios actos, que la empresa que se lucró durante tanto tiempo de la prestación de servicios en régimen de irregularidad pueda con

⁵ Sentencia TS 3 de noviembre de 1989 (Ar. 7996), referida a la no obtención por el trabajador de la autorización necesaria para trabajar como locutor vendedor de bingo. Su doctrina es reproducida, *obiter dicta*, por la posterior sentencia TS 3 de febrero de 2010 (Rec. n° 1715/2009).

⁶ Sentencia TS 11 de diciembre de 2012 (Rec. n° 438/2012). Dicha sentencia desestima, por falta de contradicción con la sentencia de contraste, el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia TSJ Madrid 19 de diciembre de 2011 (Rec. n° 3663/2011), que estima conforme a Derecho la extinción del contrato fundada en el art. 49.1 b) ET. Cfr. también, en esta misma línea, la sentencia TSJ Madrid 15 de junio de 2004 (Rec. n° 1102/2004).

⁷ Cfr. la sentencia TSJ Castilla la Mancha 31 de marzo de 2004 (Rec. n° 160/2004), que declaró improcedente el despido de la trabajadora fundado en el vencimiento de la duración de su autorización administrativa de residencia y trabajo, si bien el asunto objeto de litigio se planteó durante la vigencia del anterior RD 864/2001, de 20 de julio, regulador del reglamento de ejecución de la LOEX, cuyo art. 82 contenía una regulación muy similar a la del vigente art. 71 del RD 557/2011.

posterioridad extinguir el contrato con fundamento en la concurrencia de la condición resolutoria pactada en el contrato de trabajo⁸.

Con todo, en fechas más recientes la jurisprudencia ha tenido la ocasión de volver a pronunciarse sobre esta cuestión, si bien *obiter dicta*, con un criterio de signo totalmente opuesto. A juicio del TS, no sería admisible la condición resolutoria consistente en la pérdida por el trabajador del permiso de trabajo en tanto se trata ésta de una circunstancia relativa a la propia capacidad negocial del trabajador que tendría mejor encaje en los arts. 49 l) y 52 ET, relativos al despido objetivo. Razona, además, el Tribunal Supremo que solamente son válidas las condiciones resolutorias referidas a causas extintivas distintas a las previstas por la ley y que es abusiva la cláusula contractual apoyada en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer el trabajador ninguna influencia⁹.

Así las cosas, la jurisprudencia más reciente parece oponerse a la validez de la introducción en el contrato de trabajo de este tipo de pactos. Ello no obstante, debe contemplarse dicho criterio jurisprudencial con ciertas cautelas. En primer lugar, por el propio carácter *obiter dicta* del pronunciamiento que contemplaba un supuesto donde no se había pactado expresamente en el contrato del trabajador extranjero una condición semejante. En segundo lugar, porque no parece tan claro que la pérdida o no renovación del permiso de trabajo del trabajador extranjero constituya, en todo caso, una circunstancia sobre la que el trabajador no pueda ejercer ninguna influencia, ya que compete al trabajador solicitar dicha renovación y asegurarse de que cumple los requisitos necesarios para que la misma pueda tener lugar (amén de que no parece constituir un requisito para la validez de la condición resolutoria que la voluntad o conducta del trabajador pueda incidir sobre su concurrencia). Por último, como se ha visto aquí, existen pronunciamientos anteriores que reconocen la validez de la condición resolutoria en tales supuestos. Dicha circunstancia pone de manifiesto que el debate no parece del todo cerrado en sede jurisprudencial, habiendo que estar a la espera de posteriores pronunciamientos de la jurisprudencia que zanjen de forma más concluyente esta cuestión.

⁸ Cfr, en este sentido, la ya citada sentencia TSJ Castilla León 9-9-2013, Rec. n° 1441/2003.

⁹ Sentencia TS 16 de noviembre de 2016, Rec. n° 1341/2015.

Otra cuestión que debe abordarse concierne a la forma de la condición resolutoria, esto es, si ésta debe pactarse necesariamente de forma expresa o si, en cambio, pudiera admitirse su concertación tácita de forma que pueda atribuírsele efectos extintivos a la causa del art. 49.1 b) ET aun cuando la condición no se haya formalizado en el contrato de trabajo del trabajador extranjero.

Pese a que el cumplimiento de la condición resolutoria constituye una causa clásica de extinción del contrato de trabajo y de largo recorrido en la legislación social, lo relativo a la forma en la que se puede erigir el pacto por el que se instaure dicha causa extintiva no ha recibido suficiente atención por la jurisprudencia ni por la doctrina judicial y académica. Se trata, no obstante, de una cuestión trascendente, por cuanto de ello depende la procedencia de la decisión extintiva que pudiera adoptar el empresario. Aunque la doctrina científica viene admitiendo comúnmente que la condición pueda pactarse por escrito u oralmente¹⁰, cuando se ha pronunciado sobre el particular, ha sostenido, sin ambages, que la condición, para tener virtualidad extintiva, debe mencionarse expresamente en el contrato de trabajo¹¹, matizándose no obstante que no es necesaria su formalización expresa cuando su existencia pudiera deducirse de las circunstancias concurrentes¹².

Con todo, no faltan pronunciamientos de la jurisprudencia y de la doctrina en suplicación que, a la hora de fundamentar la extinción de determinadas y particulares modalidades contractuales, no han dudado en calificarlas como contratos sujetos a condición resolutoria, admitiendo así la viabilidad jurídica de las condiciones resolutorias implícitas¹³.

¹⁰ Por todos, García-Perrote Escartín, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch (Valencia), 4ª edic., 2014, pág. 773.

¹¹ Montoya Melgar, A. *Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid), 36ª edic, 2015, pág. 458. Mercader Uguina, J. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch (Valencia), 8ª edic., 2015, pág. 618. Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V. “Artículo 49. Extinción del contrato”, en Sempere Navarro, A.V (Coord.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Thomson Reuters Aranzadi (Pamplona), 9ª edic., 2013, pág. 794. En contra, sin mencionar expresamente la condición resolutoria, pero admitiendo la no renovación como causa implícita para la extinción contractual, Valdueza Blanco, Mª.D. *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*. Lex Nova (Valladolid), 2008, pág. 301.

¹² Mercader Uguina, J. *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit., ídem.

¹³ Cfr., por ejemplo, las sentencias TS 13 de mayo de 2014 (Rec. nº 2214/2013), y 21 de julio de 2014 (Rec. nº 2099/2013), en relación con la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública por la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo ocupado por el mismo. También, cfr. la sentencia TSJ Canarias 27 de febrero

En coherencia con dichos pronunciamientos, no faltan otros que se han inclinado por la lícita extinción del contrato de trabajo del trabajador extranjero cuyo permiso de trabajo ha vencido sin renovación. El fundamento de dicha solución no ha sido otro que el de la apreciación de la existencia de una condición resolutoria implícita o tácita que es consustancial a la contratación laboral efectuada, pues sin la autorización administrativa de residencia y trabajo, el contrato, aunque pueda producir efectos, carece de validez¹⁴. De hecho la doctrina judicial aquí citada parece pretender salvar la ausencia de pacto expreso de instauración de la condición resolutoria, acudiendo a la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de *desaparición sobrevenida de la base del negocio* que, como es sabido, permite la revisión o extinción del contrato por el advenimiento de acontecimientos excepcionales, posteriores a la conclusión del mismo, que no se pudieron prever y que convierten la relación contractual en excesivamente onerosa para una de las partes. También a la resolución por incumplimiento prevista en el art. 1124 del Código Civil y a la jurisprudencia civil erigida en torno al mismo que exige la existencia de un incumplimiento grave atribuible a una de las partes de forma indubitada, absoluta e irreparable.

Pese a ello, la cuestión no puede tildarse de inconcusa pues, si bien se mira, la inmensa mayoría de los pronunciamientos dictados en suplicación que se han erigido, precisamente, en torno al alcance de la causa extintiva del art. 49.1 b) ET vienen declarando sin ambages que la condición resolutoria, para tener virtualidad extintiva, aparte del cumplimiento de los requisitos de licitud y de realización posible, “*debe estar debidamente especificada y concretada en el contrato*”¹⁵. Por consiguiente,

de 2009 (Rec. n° 1160/2007), en relación con la extinción del contrato de trabajo de un trabajador discapacitado debido a la pérdida por éste de dicha condición.

¹⁴ Sentencias TS 27 de noviembre de 1989 (Ar. 8257) y 29 de enero de 1990 (Ar. 228). Sentencias TSJ Cataluña 15 de febrero de 2011 (Rec. n° 6343/2010), con apoyo en la ya citada sentencia TSJ Canarias 27 de febrero de 2009 (Rec. n° 1160/2007) y TSJ Madrid 13 de junio de 2012 (Rec. n° 1228/2012). Esta última confirmada por el Auto del TS de 16 de abril de 2013 (Rec. n° 2538/2012). También sigue esta corriente la sentencia TSJ Castilla León 9 de septiembre de 2013 (Rec. n° 1441/2013), si bien declaró el despido improcedente pues la empresa conocía la irregularidad de la situación administrativa del trabajador y la había tolerado durante excesivo tiempo.

¹⁵ Cfr., entre otras muchas, las sentencias TSJ Galicia 12 de mayo de 2015 (Rec. n° 662/2015), Fund. Jco. 4°, 4 de noviembre de 2011 (Rec. n° 2836/2011), Fund. Jco. 3° y 5 de julio de 2011 (Rec. n° 1850/2011) Fund. Jco. 3°; TSJ Andalucía 15 de enero de 2015 (Rec. n° 3067/2013), Fund. Jco. 1°, 19 de enero de 2012 (Rec. n° 187/2011), Fund. Jco. 5°,

para la doctrina judicial imperante, la condición resolutoria debe estar formulada expresamente para considerarse “*consignada válidamente en el contrato*” tal y como exige el art. 49.1 b) ET.

Por otra parte, y junto a ello, a mi juicio debe valorarse con suma cautela el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* que la doctrina en suplicación antes citada ha efectuado para sostener la admisibilidad de la extinción contractual del trabajador extranjero con fundamento en la existencia de una condición resolutoria tácita. Y ello, en tanto, como es sabido, el alcance de dicha cláusula civil, como excepción que es a la regla del pacta *sunt servanda* del art 1091, debe ser interpretado de forma muy cautelosa y restrictiva. En este sentido, la Sala 1ª y la propia Sala IV del TS vienen señalando que la operatividad de la cláusula debe circunscribirse a supuestos extraordinarios en que, por acción de circunstancias posteriores e imprevisibles, resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su contexto inicial¹⁶. Dicho supuesto (la imprevisibilidad del cambio de circunstancias) de ordinario, no concurre en la contratación de los trabajadores extranjeros no comunitarios donde, ciertamente, resulta más que previsible para las partes la eventual pérdida por el trabajador, por cualquiera de las causas previstas en la ley, de la autorización de residencia y trabajo. Igualmente, la invocación del art. 1124 CC como causa extintiva del contrato de trabajo resulta un tanto endeble, no ya tanto por tratarse de un precepto civil, cuya aplicación es supletoria en la reglamentación del contenido del contrato de trabajo, sino por cuanto su operatividad, presupone, como se ha dicho, la existencia de un incumplimiento del trabajador, supuesto que, desde luego, no puede generalizarse ni predicarse de todo supuesto en que el trabajador pierda la autorización administrativa para trabajar al amparo de la cual concertó el contrato de trabajo.

27 de septiembre de 2012 (Rec. n° 1060/2012), Fund. Jco. 4°, 22 de noviembre de 2011 (Rec. n° 704/2011), Fund. Jco. 3°; TSJ Canarias 31 de enero de 2014 (Rec. n° 727/2013), Fund. Jco. 3°; TSJ la Rioja 30 de diciembre de 2005 (Rec. n° 296/2005), Fund. Jco. 3°. Todas ellas relativas a la condición resolutoria consistente en la obtención por el trabajador de un rendimiento mínimo establecido contractualmente.

¹⁶ Sentencias TS, Sala 1ª, 17 de enero de 2013 (Rec. n° 1579/2010), Fund. Jco. 3° 4, 22 de julio de 2013 (Rec. n° 608/2011), Fund. Jco 4°, y 15 de noviembre de 2000 (Rec. n° 3270/1995), Fund. Jco. 4°. Sentencias TS, Sala 4ª, 15 de abril de 2011 (Rec. n° 53/2010), 14 de octubre de 2008 (Rec. n° 129/2007) y 26 de abril de 2007 (Rec. n° 84/2006).

Por otra parte, adviértase que la solución conducente a la inadmisibilidad de las condiciones resolutorias implícitas, aparte de sintonizar con el hecho de que éstas deban ser objeto de una interpretación restrictiva, es la más acorde con una interpretación literal del art. 49.1 b) ET conforme al primero de los criterios de interpretación de las normas jurídicas del art. 3.1 CC, esto es, la interpretación de las mismas “*según el sentido propio de sus palabras*”. No debe pasar desapercibido que el art. 49.1 b) ET categoriza solamente como causas determinantes de la extinción de la relación laboral a aquellas “*consignadas válidamente en el contrato*”. No está de más puntualizar que, conforme a la sexta acepción del verbo “*consignar*” contenida en el diccionario de la RAE, se entiende por tal el hecho de “*asentar opiniones, votos, doctrinas, hechos, circunstancias, datos, etc., por escrito, a menudo con formalidad jurídica o de modo solemne*”. Por consiguiente, el tenor literal de la norma es claramente revelador de que la voluntad del legislador no ha sido otra que la de restringir la operatividad de la condición resolutoria como causa de extinción del contrato de trabajo y admitir solamente aquellas que las partes hayan formalizado de forma expresa e inequívoca en el contrato de trabajo¹⁷.

De hecho, resulta revelador que jurisprudencia haya terminado por pronunciarse en este sentido rechazando la lícita extinción del contrato del trabajador extranjero que pierde la autorización administrativa con fundamento en la existencia de una condición resolutoria implícita¹⁸. Razona para ello el Tribunal Supremo que dicha solución es la más coherente con sus pronunciamientos anteriores que reconocen, sin ambages, que el despido sin causa del trabajador extranjero carente de permiso de trabajo constituye un despido improcedente, comportando el derecho de éste a percibir la indemnización prevista en la ley por tal concepto¹⁹.

Empero, y conforme a la jurisprudencia civil²⁰, podría, por hipótesis, admitirse la existencia de una condición resolutoria implícita o tácita,

¹⁷ Ponen el acento también en el necesario presupuesto de la consignación de la condición Ríos Salmerón y Sempere Navarro, A.V. “Artículo 49. Extinción del contrato”, op. cit., pág. 794, para los que dicho requisito “*encierra una clara inquietud social: o la condición se establece al contratar, o su inserción queda excluida para el futuro, al menos como regla general*”.

¹⁸ Sentencia TS 16 de noviembre de 2016 (Rec. n° 1341/2015).

¹⁹ Sentencias TS 21 de junio de 2011 (Rec. n° 3428/2010) y 17 de septiembre de 2013 (Rec. n° 2398/2012).

²⁰ Sentencias TS, Sala 1ª, 20 de junio de 1996 (Rec. n° 3447/1992), Fund. Jco. 2º, 29 de julio de 1996 (Rec. n° 3764/1992), Fund. Jco. 9º y 21 de abril de 1987 (Ar. 1987/2720), Fund. Jco. 3º.

con carácter excepcional, cuando del contenido del contrato y de la propia actuación de las partes pueda revelarse de manera diáfana e inequívoca su existencia. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en que en el contrato se hubiese pactado la obligación del trabajador extranjero de proceder a solicitar, en plazo, la renovación de la autorización de su residencia y trabajo, conforme a lo previsto en el 71 del RD 557/2011, pero nada se dijese sobre los efectos derivados del incumplimiento de dicha obligación; o también en los supuestos en que, pese a no contener el contrato escrito estipulación expresa en tal sentido, el empresario viniese reiteradamente advirtiendo al trabajador de su obligación de proceder a la solicitud de la renovación de la autorización administrativa en los plazos previstos reglamentariamente.

4. La extinción contractual por ineptitud sobrevenida

Como es sabido, la ineptitud del trabajador constituye una de las causas de despido objetivo del trabajador que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo, *ex art. 52 a) ET*, por desaparición o imposibilidad sobrevenida de su objeto. Su apreciación no presupone la existencia de un impedimento tal que determine una absoluta imposibilidad material de la prestación de trabajo, pero sí la presencia de defectos en su ejecución de tal magnitud cualitativa y/o cuantitativa que justifiquen la extinción unilateral del contrato a instancia del empleador. Su fundamento, en sede del Derecho de las obligaciones y de los contratos, parece conectar con el art. 1184 CC que contempla la extinción de las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible y con el art. 1272 CC que establece que las cosas o servicios imposibles no pueden ser objeto de contrato.

La jurisprudencia clásica venía concibiendo la ineptitud como la “*inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc)*”²¹. Este

²¹ Sentencia TS 2 de mayo de 1990 (Ar. 3937), Fund. Jco 2º.

concepto, sin embargo, parecía poner el acento e identificar la ineptitud con la falta de capacidad profesional o física del trabajador para la prestación de trabajo, soslayando los supuestos de pérdida de los requisitos legales o reglamentarios necesarios para el ejercicio de una determinada profesión o los de aprobación de modificaciones normativas que instauran reglamentaciones profesionales más exigentes para el desarrollo de la prestación de trabajo. Dicho extremo no pasó desapercibido por la doctrina judicial posterior a la sentencia citada ni por la propia doctrina científica que ha conceptualizado la ineptitud como “*la ausencia de condiciones físicas, psíquicas o legales que sean necesarias para el desarrollo de la tarea convenida*”²². La doctrina académica y judicial vienen exigiendo para la apreciación de la ineptitud que ésta tenga su origen en la persona del trabajador y sea verdadera y no disimulada; que sea general, en el sentido de afectar al conjunto de las tareas contratadas y no solamente a alguna de ellas; que sea permanente y no meramente coyuntural, y que tenga suficiente entidad²³. Así las cosas, pueden constituir ineptitud los supuestos de limitación física, psíquica o intelectual del trabajador para la ejecución de la prestación de trabajo; la carencia de los conocimientos o destrezas precisos, así como la carencia de los requisitos legales exigidos para su desempeño. Estos últimos supuestos son reconducibles al denominado *factum principis*, esto es, la pérdida por el trabajador de los requisitos legales o reglamentarios exigibles para el desempeño de su actividad profesional, bien por resolución de la Administración, o bien por la entrada en vigor de nuevas reglamentaciones que la afecten. Constituyen supuestos paradigmáticos contemplados por los tribunales la carencia o pérdida por el trabajador de la titulación exigida para la realización del trabajo²⁴, la caducidad de la licencia de conducción por no haberse renovado por su titular²⁵ o su retirada temporal o definitiva por no superar el preceptivo examen médico para conducir²⁶ o por la

²² Sempere Navarro, A.V y Luján Alcaraz, J. “Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas”, AS, n° 59, 1996, pág. 2 (edic. online).

²³ Cfr., con apoyo en la doctrina judicial, Fernández Avilés, J.A y Caballero Pérez, Mª. J. “Despido por circunstancias objetivas”, en Monereo Pérez, J.L (Coord). *Modalidades de extinción del contrato de trabajo. Análisis de su régimen jurídico*. Comares (Granada), 2014, pág. 260.

²⁴ Cfr., entre otras, las sentencias TS 26 de enero de 1998 (Rec. n° 2535/1997) y TSJ Castilla León 14 de febrero de 2005 (Rec. n° 27/2005).

²⁵ Sentencia TSJ País Vasco 29 de septiembre de 2005 (Rec. n° 1918/2005).

²⁶ Sentencia TSJ Castilla León 18 de febrero de 2008 (Rec. n° 104/2008).

comisión por el trabajador de una infracción de tráfico administrativa o penal²⁷.

Podría plantearse si podrían también constituir ineptitud los supuestos de no obtención por un trabajador extranjero de la pertinente renovación de su autorización de residencia y trabajo. De entrada, debe precisarse que la irregularidad de la situación administrativa del trabajador o, si se prefiere, la nulidad de la relación contractual desencadenada a consecuencia de ésta no debe, en absoluto, impedir la eventual aplicación del art. 52 a) ET pues, conforme al art. 36.5 LOEX, y como ya se ha dicho, aquí la carencia por el trabajador de la autorización administrativa no impedirá el reconocimiento a éste de los derechos que le reconoce el ordenamiento laboral.

Con todo, queda fuera de toda duda que no generarían esta causa extintiva los supuestos de carencia originaria por el trabajador de la autorización pues, como se sabe, el art. 52 a) ET exige que la ineptitud sea sobrevenida o, cuanto menos, conocida por el empresario con posterioridad al inicio por el trabajador de su prestación de servicios. Por tal motivo, el empresario no podría extinguir lícitamente el contrato por esta causa cuando conociese en el momento de contratar la irregularidad de la situación administrativa del trabajador que habría sido tolerada por aquel (*proprium factum nemo impugnare potest*). Igual situación de tolerancia impeditiva de la extinción por ineptitud existiría en los casos en que, aun produciéndose la situación de irregularidad administrativa de forma sobrevenida, durante la vigencia de la relación laboral, ésta fuese tolerada por el empresario durante un tiempo suficiente y razonable como para entender que la posterior extinción contractual, fundada en dicha circunstancia, es contraria al deber empresarial de buena fe²⁸.

²⁷ Sentencias TS 27 de octubre de 1983 (Ar. 5158), TSJ Castilla León 5 de mayo de 2010 (Rec. n° 579/2010), y TSJ Cataluña 26 de enero de 1999 (Rec. n° 480/1998).

²⁸ Valdueza Blanco, M^a.D. *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pág. 300. Cfr. también en este sentido la sentencia TSJ Castilla León 9 de septiembre de 2013 (Rec. n° 1441/2013). Dicho pronunciamiento, si bien no contempla expresamente la ineptitud como causa extintiva, sí sostiene que si la comunicación extintiva del empresario se hubiese efectuado tempestivamente (pues se efectuó transcurridos tres años del vencimiento del permiso de trabajo), podría haberse fundado tanto en el art. 1124 CC, como en la cláusula *rebus sic stantibus*, como en despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual.

Por el contrario, sí podría, por hipótesis, invocarse la ineptitud como causa extintiva cuando el empresario no hubiese podido tener conocimiento cabal de la carencia por el trabajador de la autorización administrativa para trabajar porque éste hubiese dolosamente falseado su existencia. Por lo demás, en estos casos, se estaría ante un supuesto de error en el consentimiento prestado por el empresario, vicio originario que determinaría la nulidad del contrato conforme a los arts. 1265 y 1300 CC²⁹. Ahora bien, aunque en estos supuestos no parecería dudosa la extinción del contrato de trabajo por causa objetiva de ineptitud, no parece que ésta constituya claramente la vía más idónea para la resolución contractual. Y es que, dada la concurrencia de culpa por parte del trabajador, lo lógico es que la empresa procediese a la resolución del contrato de trabajo por despido disciplinario fundado en la transgresión por el trabajador de la buena fe contractual (art. 54.1 d) ET)³⁰.

Debe subrayarse entonces que la carencia de autorización administrativa de trabajo únicamente podría reconducirse a la causa objetiva de ineptitud para la extinción del contrato de trabajo en los casos en que la situación administrativa del trabajador extranjero devenga irregular de manera sobrevenida, ya sea por no renovación de la autorización por la Administración³¹, ya, con carácter excepcional, cuando ésta la revocase de oficio con fundamento en los arts. 62 y 102 LRJAP. Ello no obstante, debe matizarse que, en los casos concretos de no renovación, a mi juicio, la ineptitud solo podría invocarse en los supuestos en que la Administración resolviese desfavorablemente la solicitud de prórroga de la autorización cursada por el trabajador. Y es que en aquellos otros supuestos en que la situación administrativa del trabajador deviniese irregular porque éste no hubiese solicitado en plazo³² la renovación de su

²⁹ Sentencia TSJ Madrid 10 de mayo de 2002 (Rec. n° 1146/2002).

³⁰ Valdueza Blanco, M^a.D. *El tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 301.

³¹ En este sentido, en un supuesto de no renovación del permiso de trabajo, se pronuncia la sentencia TSJ País Vasco 5 de octubre de 2010 (Rec. n° 2002/2010), Fund. Jco. 2°. Dicho criterio fue confirmado por la posterior sentencia TS, de 17 de septiembre de 2013 (Rec. n° 2398/2012), con fundamento en el tenor literal del art. 36.5 LOEX del que se desprende la plena aplicabilidad en estos supuestos de la extinción por la causa objetiva de ineptitud el art. 52 a) ET. También sintoniza con esta vía extintiva, *si bien obiter dicta*, la sentencia TS 16 de noviembre de 2016 (Rec. n° 1341/2015). Fund. Jco. 2.5.

³² Téngase en cuenta que dicho plazo, fijado reglamentariamente, es bastante generoso. En efecto, conforme al art. 71 del RD 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el reglamento de la LOEX, el trabajador debe solicitar la renovación de la autorización de residencia y

permiso de trabajo, resulta dudoso que pudiera apreciarse la ineptitud en tanto ésta ha sido desencadenada por la propia voluntad del trabajador³³. En este sentido, la doctrina viene sosteniendo, si bien en relación con la disminución de rendimiento como causa de ineptitud del trabajador, que para que ésta pueda constituir causa de despido objetivo, debe ser ajena a la voluntad del trabajador, pues, de otra forma, constituiría causa de despido disciplinario³⁴. Así las cosas, en estos casos en los que el trabajador, pudiendo solicitar la renovación del permiso, no lo hace, habría que barajar otras hipótesis extintivas como el juego de la condición resolutoria que pudiera haber sido pactada o el despido disciplinario siempre, en este último caso, claro está, que las circunstancias concurrentes permitieran calificar la desidia del trabajador como un incumplimiento grave y culpable merecedor de la máxima sanción disciplinaria.

5. Los efectos de la improcedencia o nulidad del despido: la imposibilidad de la readmisión

Como es sabido, la legislación de extranjería viene reconociendo a los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, ex art. 36.5 LOEX, plena protección jurídica frente al despido sin causa. Ello no obstante las implicaciones jurídico administrativas (particularmente las sancionadoras) y contractuales aparejadas a dicha situación plantea el

trabajo durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia, comportando dicha solicitud la prórroga de la validez de dicha autorización hasta la resolución del procedimiento. Pero, incluso, dicha prórroga de efectos deberá también producirse cuando la solicitud se presente dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha de expiración de la autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. De todo ello se desprende que la extinción del contrato de trabajador extranjero dentro de dichos plazos, fundada en la expiración de la duración de la autorización administrativa, determinaría la improcedencia del despido.

³³ Cfr. la sentencia TSJ Madrid 13 de junio de 2012 (Rec. n° 1228/2012), en cuyo fundamento jurídico 2º pondera que la negligencia del trabajador, que no solicitó en plazo reglamentario, la renovación de su autorización administrativa, impide apreciar la ineptitud, ya que el trabajador puede haber querido situarse en dicha condición para percibir del empleador la indemnización que corresponde por dicha causa extintiva.

³⁴ Fita Ortega, F. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch (Valencia), 1997, pág. 41. Arias Domínguez, A. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: (ineptitud, falta de adaptación y absentismo)*. Aranzadi (Pamplona), 2005, págs. 94 y 107.

interrogante de hasta qué punto la sentencia que declare la improcedencia del despido debe mantener supérstite el derecho de opción entre la readmisión y el pago de la indemnización legal que reconoce el art. 56.1 ET y la sentencia de nulidad el efecto de la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios de percibir previsto en el art. 55.6 ET.

No deben resultar desconocidas las perturbaciones jurídico laborales y jurídico administrativas que puede comportar la sentencia que declare la procedencia o nulidad del despido del trabajador extranjero no autorizado dictada en tales términos. Ciertamente, los arts. 55.6 y 56.1 ET no fueron legislativamente diseñados pensando en su eventual aplicación a relaciones laborales concertadas con trabajadores extranjeros carentes de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. De ahí que su aplicación literal resulte difícil de coherencia con el propio marco jurídico regulador del trabajo de los extranjeros en España y con las consecuencias contractuales de la irregularidad de su situación administrativa. Por una parte, ya se ha dicho aquí que, sin perjuicio de la plena protección jurídico laboral del trabajador extranjero por mandato del art. 36.5 LOEX, la carencia de la autorización administrativa determinaría el carácter *contra legem* de la prestación de servicios, lo que hace poco viable cualquier solución legal que posibilite el restablecimiento de la relación de trabajo. Por otra parte, la contratación irregular del trabajador constituye una infracción administrativa muy grave del empresario, sancionable con la correspondiente multa (arts. 54.1 d) y 55.1 c) LOEX), y una infracción administrativa grave del trabajador extranjero sancionable con la expulsión (arts. 53 b) y 57.1 LOEX) lo que no hace sino redundar en la misma conclusión.

Son estas circunstancias las que han conducido a la inmensa mayoría de los pronunciamientos dictados por la doctrina judicial a negar la viabilidad del derecho de opción en los supuestos de improcedencia y de la readmisión forzosa del trabajador en caso de nulidad. La imposibilidad jurídica de la readmisión hace ineludible, en ambos casos, un pronunciamiento sustitutivo consistente en la condena al pago de la correspondiente indemnización³⁵. Dicha doctrina judicial no resulta

³⁵ Sentencias TSJ Madrid 30 de enero de 2015 (Rec. n° 813/2014), TSJ Andalucía 15 de enero de 2009 (Rec. n° 2434/2008) y 25 de marzo de 2010 (Rec. n° 2481/2009), TSJ Cataluña 14 de mayo de 2002 (Rec. n° 6085/2001), 5 de julio de 2005 (Rec. n° 1401/2005),

del todo insólita pues encaja con la jurisprudencia que niega la posibilidad de la readmisión cuando el trabajador despedido estaba vinculado por un contrato de duración determinada cuyo término final ya se había cumplido en el momento de dictarse la sentencia³⁶. Empero, otra corriente judicial, se ha inclinado sin ambages por la aplicación, sin más, de los arts. 55.6 y 56.1 ET con fundamento normalmente en la literalidad del art. 36.5 LOEX y la supuesta validez del contrato de trabajo que se desprende de su tenor legal³⁷. El TS, de momento, no se ha pronunciado sobre esta cuestión pues, si bien en su día sí tuvo la ocasión de confirmar la nulidad del despido de una trabajadora embarazada que carecía de autorización de residencia y trabajo, no se llegó a pronunciar sobre la delicada cuestión de los efectos aparejados a dicha declaración de nulidad³⁸.

A mi juicio, la interpretación que niega la viabilidad jurídica de la readmisión del trabajador no autorizado administrativamente a trabajar, tanto en los supuestos de declaración de improcedencia como los de nulidad, y su sustitución por una condena alternativa al pago de la correspondiente indemnización es la que mejor se coherencia con el contenido imperativo de la legislación de extranjería, los efectos sancionadores aparejados a la contratación laboral irregular, y la propia irregularidad administrativa de la relación contractual. En este sentido ya se ha puesto de relieve el sinsentido que representaría posibilitar la readmisión de unos trabajadores a quienes, por razón de su nacionalidad y su situación administrativa, la ley prohíbe contratar³⁹. No es, por tanto,

y 7 de octubre de 2005 (Rec. n.º 5270/2005), TSJ País Vasco 10 de octubre de 2006 (Rec. n.º 181/2006), TSJ Comunidad Valenciana 11 de mayo de 2004 (Rec. n.º 842/2004) y 24 de junio de 2004 (Rec. n.º Rec. n.º 844/2004).

³⁶ Sempere Navarro, A.V. “Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 545/2002 (edición online, BIB 2002/1267), pág. 2.

³⁷ Sentencias TSJ Madrid 10 de mayo de 2005 (Rec. n.º 373/2005), Fund. Jco. 4.º. TSJ Castilla León 17 de noviembre de 2005 (Rec. n.º 2050/2005), Fund. Jco 1.º, párrafo 17. TSJ Castilla la Mancha 24 de octubre de 2006 (Rec. n.º 740/2006), Fund Jco 4.º. Ésta última fundamenta dicho criterio en una particular interpretación del art. 36.5 LOEX al que atribuye el efecto de proporcionar al trabajador extranjero una “*regularización encubierta*” que impide calificar el contrato de nulo y conlleva la aplicación literal del art. 56.5 ET en caso de despido improcedente.

³⁸ Cfr. la ya citada sentencia TS 29 de septiembre de 2003 (Rec. n.º 3003/2002).

³⁹ Gómez Abelleira, F.J. “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia”, *RMTI*, n.º 63, 2006, págs. 119 y 120.

dable afirmar que entre los derechos que el art. 36.5 LOEX reconoce al trabajador extranjero no autorizado se encuentre el de readmisión en caso de despido nulo. Ello representaría alterar sustancialmente el sistema legal del derecho de la extranjería basado en la obligatoriedad de la autorización administrativa para que el trabajador extranjero pueda prestar servicios laborales en España⁴⁰.

Adviértase, en este sentido, que el art. 286 LRJS, si bien se refiere a la ejecución en sus propios términos de las sentencias de las que resulte la readmisión forzosa del trabajador⁴¹, viene claramente a corroborar dicha interpretación. Como es sabido, dicho precepto autoriza la sustitución de la citada readmisión por el pago de la pertinente indemnización en los casos en que el empresario acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada “*o cualquier otra causa de imposibilidad legal o material*”. Éste último inciso, introducido como novedad por la LRJS frente al anterior art. 284 LPL que únicamente contemplaba los supuestos de cierre de la empresa⁴², permite dar cabida a los supuestos aquí analizados donde una causa de legalidad ordinaria (la carencia por el trabajador de la correspondiente autorización administrativa) constituye una verdadera rémora a la viabilidad jurídica de la readmisión del trabajador. Con todo hay quien en su día sostuvo la misma conclusión, no por la aplicación analógica del art. 284 LPL que, ciertamente, regulaba un supuesto de hecho distinto (el cierre de la empresa), sino por aplicación de las reglas civiles que obligan a resarcir de los daños y perjuicios a los responsables de los mismos⁴³.

⁴⁰ Gómez Abelleira, F.J. “Validez y efectos del contrato del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”, RL, n° 12, 2004, (versión online), pág. 8.

⁴¹ Esto es, conforme al art. 282.1 LRJS cuando la sentencia declare la nulidad del despido y cuando el trabajador despedido fuese delegado de personal o miembro del comité de empresa o delegado sindical y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión.

⁴² Durante la vigencia del citado precepto, no faltaron posiciones doctrinales que abogaron por su aplicación analógica para la resolución de estos supuestos. Cfr. Navarro Amaro, S. “Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrados con inmigrante en situación irregular”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord.) *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*. Laborum (Murcia), 2009, pág. 54. Valdeza Blanco, M.D. *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pág. 297.

⁴³ Montoya Melgar, A. *El empleo irregular de inmigrantes*, Civitas (Pamplona), 2007, pág. 123. En el mismo sentido, negando la aplicación del entonces vigente art. 284 LPL, Ballester Pastor, M^a.A. “Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002”, AL n° 2, 2003, pág. 502.

Por otra parte, cierto es que la presente solución, aun resultando la menos mala de todas las posibles, no siempre puede resultar satisfactoria, sobre todo, si se repara en aquellos supuestos en los que el trabajador, durante el proceso o incluso una vez dictada la sentencia, pudiera razonablemente regularizar su situación administrativa a través del arraigo social o laboral del art. 124 del RD 557/2011. De hecho, no han faltado posiciones doctrinales que se han manifestado en este último sentido, abogando por una reforma de la LOEX para regularizar al trabajador extranjero que cuente con una sentencia judicial que directamente (nulidad) o previa opción del empresario o del trabajador (improcedencia) condujese a su readmisión al trabajo⁴⁴ Nada habría que objetar a ese tipo de propuestas si no fuese por colocar prácticamente al juez en el ejercicio de potestades autorizantes que no le corresponden, sustrayéndolas a la Administración con competencias específicas en este ámbito⁴⁵. Amén de que una solución semejante vendría a representar cierto estímulo al trabajo ilegal en territorio nacional.

Tampoco resultan, a mi juicio, del todo convincentes las soluciones que apuestan por suspender la ejecución de sentencia de despido en tanto el trabajador extranjero en situación irregular obtiene la correspondiente autorización administrativa por circunstancias excepcionales tales como el arraigo laboral o social o razones humanitarias⁴⁶. Aparte de que dicha solución no tiene una clara apoyatura legal, colocaría al juez en una posición difícil, obligándole a predecir el sentido de la resolución de Administración competente sobre la solicitud de regularización cursada por el trabajador, colocándole de nuevo en el ejercicio de potestades propias del poder ejecutivo. Así las cosas, tal vez la solución, en clave de *lege ferenda*, pudiera más bien encontrarse en una reforma del art. 124 RD 557/2011, efectuando en su caso, las debidas concordancias con la legislación procesal⁴⁷. El propósito no sería otro que el de suavizar los requisitos establecidos por dicho precepto para

⁴⁴ Lousada Arochena, J.F y Cabeza Pereiro, J. “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”, AS n° 7, 2004, pág. 49.

⁴⁵ Montoya Melgar, A. *El empleo ilegal de inmigrantes*, op. cit., pág. 119.

⁴⁶ Valdueza Blanco, M^a.D. *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pág. 297.

⁴⁷ En torno a esta posibilidad, Cfr. García Ninet, I. (Dir.) *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril)*. Atelier (Barcelona), 2012, pág. 147.

el reconocimiento del arraigo laboral, a fin de posibilitar su concesión al trabajador accionante en un proceso de despido y el restablecimiento efectivo del vínculo laboral en el caso de que la sentencia declarase su nulidad o improcedencia cuando se optase por la readmisión.

Una última cuestión que suscita la incoación por el trabajador extranjero no autorizado de un proceso por despido es la relativa a si, a resultas del mismo, pudiera ser condenado el empresario al pago de los salarios de tramitación. Como es sabido, tras la reforma operada en el art. 56 ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, los salarios de trámite serán debidos, aparte de en los supuestos de nulidad del despido y de aquellos en que el despido ostente la condición de representante legal de los trabajadores o de delegado sindical, en los casos de improcedencia cuando el empresario opte por la readmisión del trabajador. A raíz de dicha reforma, en los supuestos aquí analizados, la eventual responsabilidad empresarial en el abono de los salarios de trámite únicamente pudiera plantearse cuando la sentencia declare la nulidad del despido pues, como ya se ha expuesto aquí, la irregularidad de la situación administrativa del trabajador hace totalmente inviable la opción por la readmisión cuando el fallo declare su improcedencia.

Pues bien, aun cuando la readmisión no resulta posible por las razones aquí aludidas, el tenor literal del art. 36.5 LOEX, al reconocer plenos derechos laborales al trabajador extranjero pese a la irregularidad de su relación laboral, permitiría defender, sin mayores dificultades, una interpretación favorecedora de la condena al pago de los salarios de tramitación. Por lo demás, dicha interpretación ha sido sostenida en la jurisprudencia con fundamento en el citado precepto y en la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite⁴⁸.

6. Conclusiones

El marco jurídico vigente, regulador del trabajo en España de los extranjeros no comunitarios, otorga a estos plena protección frente al

⁴⁸ Sentencia TS 21 de junio de 2011 (Rec. n° 3428/2010), Fund. Jco 2°, si bien contempló un supuesto de declaración de improcedencia del despido anterior a la entrada en vigor de la reforma laboral 2012 por lo que, en todo caso, llevaba aparejada la condena al pago de los salarios de tramitación.

despido sin causa con independencia de la regularidad o irregularidad de su situación administrativa en nuestro país. El art. 36.5 LOEX, al reconocer la eficacia de los derechos laborales del trabajador extranjero carente de la autorización administrativa para trabajar, permite entender superada aquella corriente jurisprudencial clásica, erigida durante la vigencia de la anterior Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que autorizaba al empresario a extinguir sin más el contrato de trabajo con fundamento en la nulidad de la relación contractual. La legislación vigente, por tanto, deja meridianamente claro que la irregularidad de la situación jurídico administrativa del trabajador no obsta a la reconocibilidad de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros, entre los cuales se encuentra, naturalmente, la protección frente al despido. De ello se colige que la extinción del contrato de trabajo del trabajador extranjero a través del despido, so pena de improcedencia o, en su caso, de nulidad, debe necesariamente reconducirse a alguna de las causas de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario del art. 49.1 ET.

El abanico de causas extintivas a las que puede acudir el empresario cuando el trabajador carece sobrevenidamente de la preceptiva autorización administrativa para trabajar resulta limitado a la extinción por cumplimiento de condición resolutoria, el despido objetivo por ineptitud, o el despido disciplinario, en función de cuales sean las concretas circunstancias jurídico-administrativas y laborales que afecten a la relación contractual. La casuística que se puede generar es abundante, obligando a distinguir en función de si la irregularidad de la situación administrativa del trabajador es imputable al mismo o a una resolución de la Administración con competencias en este ámbito.

En los casos en que haya vencido la duración de la autorización de residencia y trabajo, por transcurso del plazo máximo de noventa días que tiene el trabajador para solicitar su renovación (art. 71.1 RD 557/2011), y en el contrato se hubiese pactado expresamente como condición resolutoria la no solicitud por el trabajador de la renovación en el plazo previsto reglamentariamente para ello, la empresa podrá instar lícitamente la extinción del mismo con fundamento en el art. 49.1 b) ET. Si, en cambio, dicha condición no fue expresamente pactada ni siquiera concurrieran las circunstancias necesarias para deducir la voluntad de las partes de introducirla en el acervo contractual, cabrían,

a su vez, dos vías extintivas alternativas, según los casos. Si la conducta renuente del trabajador a solicitar la renovación del permiso en plazo pudiera conceptuarse, en atención a los hechos concurrentes, como un incumplimiento grave y culpable del mismo, es evidente que la empresa podría proceder lícitamente a extinguir el contrato de trabajo por despido disciplinario conforme a los arts. 49.1 k) y 54 ET. Si, en cambio, la gravedad y/o la culpabilidad del trabajador resultase inexistente u ostensiblemente atenuada (piénsese, por ejemplo, en los casos en que por razones de fuerza mayor el trabajador no hubiese podido proceder a solicitar la renovación de su autorización), ante el riesgo de una eventual declaración de improcedencia del despido disciplinario, el empresario debería proceder a la extinción por la causa objetiva de ineptitud prevista en el art. 52 a) ET.

Supuestos distintos son aquellos en los que la irregularidad de la situación administrativa del trabajador se hubiese producido a consecuencia de una resolución administrativa de la Administración, denegando la solicitud de renovación de la autorización de residencia y trabajo cursada por el trabajador. En estos casos, si se pactó expresamente que el contrato puede ser extinguido por la no obtención por el trabajador de la pertinente renovación de su permiso, a falta de más pronunciamientos de la jurisprudencia, resulta dudoso que la empresa pueda lícitamente extinguir la relación laboral conforme al art. 49.1 b) ET. Por consiguiente, tanto si la condición fue expresamente pactada como si no, resulta mucho menos controvertido admitir que la empresa pueda extinguir lícitamente el contrato con fundamento en la causa objetiva de ineptitud del art. 52 a) ET. Por otra parte, dicha vía extintiva es la que ofrecería mayor certidumbre a la empresa de estar actuando conforme a Derecho y mayor protección al trabajador desde el punto de vista de los derechos indemnizatorios que la ley reconoce al mismo para la extinción por causas objetivas.

Fuera de los anteriores supuestos, y salvo la concurrencia de otras causas extintivas previstas en el art. 49.1 ET, la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral determinará la improcedencia o, en su caso, de la nulidad del despido por mor del art. 36.5 LOEX. Ahora bien, la irregularidad de la situación administrativa del trabajador imposibilitará un pronunciamiento condenatorio al cumplimiento de las obligaciones de hacer previstas en la ley, esto es, la readmisión

inmediata del trabajador en los casos de nulidad y la alternativa entre la readmisión o el pago de la pertinente indemnización en los casos de improcedencia. Por consiguiente, en los casos de improcedencia, únicamente procederá una condena al abono de la indemnización y en los de nulidad, además de esta última, el juez debe condenar, asimismo, al abono de los salarios de tramitación.

7. Bibliografía citada

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: (ineptitud, falta de adaptación y absentismo)*. Aranzadi (Pamplona), 2005.
- BALLESTER PASTOR, M^a.A. “Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002”, AL n^o 2, 2003.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L y GULLÓN BALLESTEROS, A.. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid (Tecnos), 1990.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A y CABALLERO PÉREZ, M^a. J. “Despido por circunstancias objetivas”, en Monereo Pérez, J.L (Coord). *Modalidades de extinción del contrato de trabajo. Análisis de su régimen jurídico*. Comares (Granada), 2014
- FITA ORTEGA, F. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch (Valencia), 1997.
- GARCÍA NINET, I. (Dir.) *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril)*. Atelier (Barcelona), 2012
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch (Valencia), 4^a edic., 2014.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia”, RMTI, n^o 63, 2006.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. “Validez y efectos del contrato del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”, RL, n^o 12, 2004, (versión online).
- LOUSADA AROCHENA, J.F y Cabeza Pereiro, J. “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”, AS n^o 7, 2004.

- MERCADER UGUINA, J. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch (Valencia), 8ª edic., 2015
- MONTES PENADES, V.L. “Artículo 1113”, en Albaladejo, M. (Coord.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. I, Edersa (Madrid), 1989, pág. 1014.
- MONTES PENADES, V.L. “Artículo 1114”, en Albaladejo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. I, Edersa (Madrid), 1989.
- MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid), 36ª edic., 2015.
- MONTOYA MELGAR, A. *El empleo irregular de inmigrantes*, Civitas (Pamplona), 2007.
- NAVARRO AMARO, S. “Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrados con inmigrante en situación irregular”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord.) *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*. Laborum (Murcia), 2009.
- RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. “Artículo 49. Extinción del contrato”, en Sempere Navarro, A.V (Coord.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Thomson Reuters Aranzadi (Pamplona), 9ª edic., 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V y LUJÁN ALCARAZ, J. “Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas”, AS, nº 59, 1996
- SEMPERE NAVARRO, A.V. “Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 545/2002 (edición online, BIB 2002/1267).
- VALDUEZA BLANCO, Mª.D. *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*. Lex Nova (Valladolid), 2008.



LA PROTECCIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN URUGUAY: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS

DRA. MARÍA DEL LUJÁN CHARRUTI GARCÉN¹

RESUMEN:

El Estado uruguayo ha ratificado y suscripto importantes acuerdos, convenciones y tratados internacionales en materia migratoria y de derechos humanos, en función de ello ha desarrollado un marco normativo nacional basado en el respeto de los derechos de las personas migrantes y sus familias. Este marco jurídico avanza desde 2008 fecha en que comienzan a constatarse los nuevos fenómenos migratorios en el país. La legislación busca reglar y promover mecanismos e instrumentos para la promoción de una migración regular, ordenada, segura e informada. El propósito de esta intervención es: reflexionar y su vez informar sobre la protección laboral de los trabajadores migrantes en Uruguay, perspectivas, desafíos, fortalezas y debilidades, en su contexto comparativo dentro de Iberoamérica y como Estado parte del Mercosur; estudiar los contenidos concretos de la regulación jurídica, sus principios inspiradores, los presupuestos que llevaron a cabo su promulgación, así como la especial atención de sectores más vulnerables como es el caso de la mujer migrante. Un análisis aparte conlleva el derecho al trabajo y la situación

¹ Doctora en Derecho Universidad de Castilla La Mancha, España. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Udelar Uruguay. Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social Udelar Uruguay. Profesora ayudante en Derecho del Trabajo y Seguridad Social Udelar Uruguay.

jurídica del trabajador migrante, derecho humano laboral consagrado en la Constitución de la República, inserto a su vez en características singulares que identifican al derecho laboral uruguayo estructurado sobre el diálogo social tripartito.

PALABRAS CLAVES:

Protección laboral trabajo inmigrante. Inmigrante en Uruguay. Derecho al trabajo Mujeres migrantes en Uruguay. Declaración socio laboral del Mercosur.

SUMARIO:

1. Introducción.
 - 1.1 Los nuevos fenómenos migratorios.
 - 1.2 Breve reseña sobre las características del derecho del trabajo en América Latina y Uruguay
2. La protección laboral del trabajador migrante y el derecho al trabajo.
3. El marco legal sobre inmigración en Uruguay.
4. Trabajo inmigrante y su impacto en las relaciones laborales.
5. La protección laboral de las mujeres migrantes en la normativa uruguaya.
6. Perspectivas y desafíos de la normativa uruguaya en materia de inmigración y su relación con la Declaración Sociolaboral del Mercosur.
7. Conclusiones

1. Introducción

1.1 Los nuevos fenómenos migratorios

Latinoamérica se ve a distancia como una unidad, pero abien sabemos quiénes habitamos vuestras tierras que los países latinoamericanos muestran una gran diversidad cultural, étnica, política, económica, social, jurídica y así como también en lo que refiere a su legislación laboral. Su denominación la identifica, a diferencia del resto de los continentes como en el caso de Europa y Asia que toman su nombre de la mitología, África y Oceanía que lo toman de la geografía, América en general lo toma de un cartógrafo, pero América Latina implica una autodefinición cultural, genética o de origen y al mismo tiempo proyectiva, distinguiéndose de Europa por ser América y su vez distinguiéndose de América anglosajona por ser latina². Esto hace que se

² Ermida Uriarte, Oscar. Caracteres tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa. Revista de Derecho Social N°1 Editorial Bomarzo, Albacete, 2006 p. 7 y sptes.

direccione doblemente, parte de América Latina encuentra su identidad en América Anglosajona, y otra parte se identifica hacia los países latinos de Europa (España, Italia, Francia y Portugal). Esta doble dirección trae aparejado que algunos países de Latinoamérica se relacionen vía comercial con acuerdos de libre comercio con América del Norte y otros prefieran hacer un mercado común, caso del Mercosur, pero con miras a relacionarse como bloque con Europa latina, cuya inmigración recibimos en su gran mayoría durante las dos guerras mundiales. Es decir, durante las dos guerras mundiales los países del cono sur fuimos receptores de inmigrantes, en su mayoría españoles, italianos, franceses, portugueses que vinieron para quedarse, proyectando su vida por estas tierras. Durante las dictaduras cívico militares del sur de Latinoamérica que transcurrieron durante los años 70, 80 y 90 y las crisis económicas sucedidas en el año 2000 principalmente en Argentina y Uruguay, fueron muchas las familias que decidieron abandonar su país y buscar nuevos horizontes en Europa, debido por su puesto a esa identificación cultural y étnica principalmente con España e Italia.

No obstante, los fenómenos migratorios cuya causa puede ser múltiple política, económica o ambas se re direccionan en forma distinta a la ocurrida desde siempre, así es que hoy presenciamos en el sur de América un nuevo fenómeno migratorio, tenemos inmigrantes de países cuyas raíces y costumbres son diferentes, pero provienen de Latinoamérica, tales como República Dominicana, Venezuela, Perú entre otras nacionalidades. Migraciones que eran recibidas por Europa ahora han optado por Uruguay y Argentina. Resultando por ende significativo el cambio, el desplazamiento que antes se daba desde países pocos desarrollados a países desarrollados hoy se da a países en vías de desarrollo, dentro del mismo continente latinoamericano. Aunque también como se puede observar en los datos que se proporcionan más adelante, las solicitudes de residencia permanente provienen un 2% de países de la Unión Europa, detalle no menor a la hora de estudiar los fenómenos migratorios y sus causas.

Como era de esperar sus repercusiones se plantean en forma inmediata, en el caso de Uruguay por ejemplo se proyectan ajustes a sus políticas: educativas, de salud, legislación laboral, policía del trabajo. Es una población inmigrante que sorprende por su alta cualificación, aunque preocupa por su fácil inserción a un mercado informal que hasta

el momento se venía combatiendo con grandes resultados. Consecuentemente como veremos en los párrafos que siguen en el presente análisis nos avocaremos al estudio de nuestra incipiente legislación migratoria de contenido laboral y social, que no estaba en los planes quinquenales del presente gobierno, también centraremos el análisis en el impacto directo en las relaciones laborales.

En un primer abordaje se analizará la protección del trabajador migrante y su relación con uno de los derechos humanos laborales más importantes plasmados en las Declaraciones y Pactos Internacionales y en nuestra Constitución de la República: el derecho al trabajo. Posteriormente se hará un análisis de la legislación promulgada hasta el momento, estudiando después los diferentes impactos del fenómeno migratorio, en la negociación colectiva tripartita, un abordaje de género, culminando con referencias a las perspectivas y desafíos de la normativa y su relación con la Declaración socio laboral del Mercosur.

1.2. Breve reseña sobre las características del derecho del trabajo en América Latina y Uruguay

Antes de comenzar a detallar la protección del trabajo migrante en Uruguay debemos hacer una breve referencia a las características del derecho del trabajo en América Latina y Uruguay. Referencias que nos servirán de apoyo para comprender la legislación migratoria y el sistema de relaciones laborales en Uruguay, cuya característica principal que la distingue del resto de los países incluso de Europa, es la negociación colectiva tripartita y por rama de actividad.

América Latina se caracteriza por su intervencionismo estatal ambiguo, legislación de trabajo protectora del trabajador individual y limitativa de lo colectivo. Este intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo no es homogéneo o uniforme, sino dual, ambiguo o aparentemente contradictorio, expresándose en una legislación laboral protectora del trabajador individual, pero limitativa de la acción colectiva, predominando las estructuras descentralizadas dando paso al sindicalismo de empresa. Los únicos países que se apartan de esta constante y cuyas legislaciones indujeron la centralización sindical y negocial con distintos mecanismos legislativos adoptados en la década de los 40' fueron Argentina, Brasil y Uruguay. Este último con la sanción de la ley N°10449 (12 de noviembre

de 1943), que establece la negociación colectiva tripartita por rama de actividad, a pesar de experimentar alguna tendencia flexibilizadora en los años 90' cuando dejan de convocarse los Consejos de Salarios, recobra a partir de 2005 todo su vigor centralizador, y con mayor énfasis al sancionarse las leyes sobre negociación colectiva en el sector público y privado³. En Uruguay a partir de 2005 el aporte de la negociación colectiva ha sido de gran significancia para lograr importantes avances en materia de género, conciliación de la vida familiar y laboral, y políticas para combatir la discriminación por razones de raza, política o religión. La puesta en práctica de los Consejos de Salarios a partir del referido año después de casi 10 años sin convocatoria, activó ese singular perfil uruguayo de relaciones colectivas del trabajo, determinando estilos y características de la negociación colectiva, así como de la organización y actuación sindical⁴.

Los Consejos de Salarios creados por ley N° 10.449 de 1943 que se hizo referencia antes, son órganos de integración tripartita (Estado, trabajadores y empleadores), que, mediante el mecanismo del diálogo social, establecen salarios mínimos, categorías y otros beneficios, funcionando también como órganos de conciliación y mediación de conflictos colectivos. De acuerdo a dicha norma, era el mismo Estado a través del Poder Ejecutivo quien tenía la potestad de convocarlos. Hoy también pueden hacerlo las organizaciones de trabajadores o empleadores, según la ley N° 18.566 de 2009. Se distinguen tres áreas de negociación: la clásica en el sector privado y dos nuevas: el sector público y el rural. Y es en la Tercera Ronda de negociación del año 2008 que se agrega el Grupo 21: "Trabajadoras del hogar o servicio doméstico". Un gran impacto en materia laboral en lo que refiere a la protección de la mujer trabajadora doméstica.

Como se ha referido es a partir de 2009 con la sanción de las leyes N° 18.508 (negociación colectiva en el sector público) y N° 18.556 (negociación colectiva en el sector privado) que tenemos un nuevo modelo, conformado con la nueva realidad del derecho colectivo. Importa destacar

³ Ermida Uriarte, Oscar. Caracteres tendencias.....ob citada. Revista de Derecho Social N°1 Editorial Bomarzo, Albacete, 2006 pag. 7 y sgtes.

⁴ Garmendia, Mario, "Consejos de salarios y relaciones laborales a propósito de la nueva convocatoria". Revista de Relaciones Laborales, N° 10, MEC, Montevideo, 2006 pág. 90.

que, dentro de la competencia o cometidos de los Consejos de Salarios, se encuentran: la fijación de salarios mínimos por categoría laboral y por rama de actividad o cadena productiva, la descripción de las categorías laborales por rama de actividad de la actividad privada, sumándose en concordancia con lo dispuesto por el C.I.T. N° 131, la posibilidad de actualizar las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada. Los laudos de Consejos de Salarios son de aplicación inmediata y obligatoria para todas las empresas y trabajadores que se encuentren en la rama de actividad. Todos los trabajadores se encuentran en pide igualdad no interesando su nacionalidad o condición migrante regular o irregular solo es suficiente que se encuentre en una relación laboral dentro del país.

2. La protección laboral del trabajador migrante y el derecho al trabajo

Las constituciones por lo general en Iberoamérica han consagrado el derecho al trabajo así por ejemplo en la Constitución Española el artículo 35.1 consagra y garantiza el derecho al trabajo. En lo que refiere a la normativa uruguaya el derecho al trabajo estaría contenido dentro del artículo 72 de la Constitución, al cual integraría el bloque de derechos humanos laborales y tendría plena consagración en cuanto aplicabilidad inmediata. Sin embargo, el alcance de este reconocimiento resulta extraordinariamente limitado por la afirmación también constitucional de un principio de libre iniciativa privada en el marco de una economía de mercado.

Conceptualmente hay autores que sostienen que el derecho al trabajo concentraría un derecho al empleo, mientras que para una postura más restrictiva sería un derecho inoperante, llegando a discutirse su propia condición de derecho⁵, incluso algunos llegan a prescindir de su ubicación constitucional considerándolo meramente programático o disuelto en la orientación que cada caso adopte la política de empleo⁶.

⁵ Sastre Ibarreche, Rafael. El derecho al trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1996, p 129

⁶ Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín “El Despido o la violencia del poder privado”, Ed Trotta 2009, p.66.

El derecho al trabajo no se agota en las orientaciones de la política de empleo al contrario es posible que ambas nociones interactúen entre sí restringiéndose mutuamente en sus efectos.

El derecho al trabajo impone límites en su contenido individual a las medidas que en el plano individual buscan alcanzar el pleno empleo. Lo que significa que mecanismos de desregulación parcial consistentes en la expulsión del ámbito juslaboral de determinados trabajadores o medidas de flexibilidad concentradas en los elementos del despido, por mucho que se presenten o aparezcan como fórmulas al servicio de la política de empleo, difícilmente son compatibles con el reconocimiento del derecho al trabajo⁷.

Cabe precisar que ese derecho al trabajo se garantiza en la medida que se posea trabajo, por ende, no garantiza trabajo a quién no lo posea, y esto es lo que problematiza la situación del inmigrante que llega al país en busca de trabajo.

Por eso hoy no podemos pensar en el derecho al trabajo sin considerar el derecho al trabajo de los trabajadores inmigrantes, en especial de los irregulares, es decir lo que no poseen residencia ni autorización de trabajar.

Como se puede apreciar en las distintas legislaciones de Europa e incluso de América como es el caso de Uruguay que se hace referencia más adelante, en los derechos relacionados con el trabajo de estas personas, la noción clave no es la de nacionalidad o ciudadanía sino la de residencia. La noción de residencia legal o autorizada es la que regula la atribución de los derechos económicos y sociales. Esa es la fórmula del reconocimiento del derecho a trabajar. No obstante, en algunos textos declarativos de derechos este concepto de residencia ha sido sustituido por el de la autorización legal para trabajar⁸.

Con la autorización legal para trabajar se tendrá la condición de trabajador y se podrá gozar de todos los derechos laborales. Pero corresponde preguntarse entonces cual es la situación del inmigrante que no tiene la autorización de trabajar le serán negados los derechos laborales que posee como trabajador si está inserto en una relación laboral. Resulta de

⁷ Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín en “El Despidoob. cit, 2009 p. 67.

⁸ Baylos Grau, Antonio. Inmigración y Derechos Sindicales, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009, p. 23

interés tener presente el caso español: en aquella postura del Tribunal Constitucional de España interpretando el artículo 13 de la Constitución española, llamada de los tres tercios, el derecho al trabajo se situaba entre derechos tales como la libertad de residencia y de circulación, los derechos de reunión, de sindicalización y de huelga, que pertenecían o no a los extranjeros en función de que los recoja un tratado o ley. De ahí que la doctrina de los tres tercios que impuso en aquel momento histórico la línea doctrinal sobre los márgenes de desigualdad sobre la condición de inmigrante que eran compatibles con el ordenamiento constitucional español, tiene como punto fuerte la capacidad inclusiva en la esfera de los derechos relativos a la persona, noción que se confronta a la del ciudadano y que impide un trato diferente o desigual para los inmigrantes⁹. La primera ley de extranjería extiende a quienes no son nacionales ni por tanto ciudadanos españoles el goce de los derechos recogidos en el artículo 28 de la Constitución española, que se otorgan en razón de trabajar sin reparar en la nacionalidad, la ciudadanía o la autorización legal o residencia autorizada. Posteriormente con la ley 8/2000 se da un paso atrás diferenciando incluso la titularidad del derecho de huelga y libertad sindical del ejercicio de estos derechos, es decir los inmigrantes son titulares de estos derechos, pero para ejercitarlos necesitan residir legalmente en España o estar autorizados a trabajar. Y es con las sentencias del Tribunal Constitucional que se corrigen estos derechos los cuales habían sido restringidos por la citada ley¹⁰. Volviendo al caso uruguayo y como se hace referencia en la normativa migratoria citada en el capítulo siguiente, es importante destacar que la persona que llega a Uruguay como turista puede optar por quedarse y cambiar de categoría ser residente temporal o tramitar su residencia permanente en caso de conseguir un trabajo formal sin necesidad de abandonar el país y volver a ingresar. Sin embargo, el derecho al trabajo consagrado en nuestra legislación también se encara en su sentido de

⁹ Baylos Grau, Antonio. Inmigración ..ob. cit. 2009 p. 34-35.

¹⁰ Así en una de ellas en la STC 259/2007, se dice “la huelga es un derecho subjetivo del trabajador que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado en coherencia con la idea de Estado social y democrático de Derecho, y permite legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes. También la STC 256/2007 concluye declarando la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar”, véase en Baylos Grau Antonio Inmigración...ob. cit., 2009.

que no significa obligación de dar trabajo sino de proteger al trabajador dentro de la relación de trabajo, lo que se ha denominado usualmente por la doctrina laboral, ciudadanía en la empresa. Este derecho le brinda protección al trabajador migrante sea residente temporal o permanente sin importar su nacionalidad o período que se encuentre en una relación laboral en el país.

Retomando el concepto del derecho al trabajo vemos que existen varias posturas doctrinales relativas al contenido o alcance del derecho al trabajo, pero la más importante y de mayor adhesión la constituye aquella que considera que posee un alcance amplio. En un alcance amplio presentaría una pluralidad de manifestaciones e imbricaciones múltiples. Así la conexión con diversas materias es constante: tales como el ingreso al trabajo, ocupación efectiva, cláusulas de seguridad sindical, huelga, extinción del contrato, protección por desempleo. De esta forma y siguiendo el mencionado parecer, tales ámbitos normativos abarcarían la práctica totalidad de instituciones laborales: la disciplina de la extinción del contrato de trabajo, edades mínimas de ingreso y de jubilación, ordenación del tiempo de trabajo y vacaciones; definición organizativa y papel otorgado a los servicios de empleo; la específica consideración de la inserción de trabajadores minusválidos, política de retorno de emigrantes y de formación y readaptación profesionales, protección por desempleo, subvenciones e inversiones públicas, así como también los derechos laborales de los trabajadores migrantes.

Cotejando la jurisprudencia y la doctrina científica, el derecho al trabajo presentaría un contenido amplio, en primer lugar porque estaría directamente ligado a los derechos de la personalidad, dado que el contenido de los derechos profesionales se encuentra directamente unido a la dignidad del trabajador si el ejercicio del derecho al trabajo cualificado profesionalmente sirve para definir al propio ser es claro que el ejercicio de una profesión supone un desarrollo de la personalidad elemento central de la dignidad humana. De modo que, el derecho constitucional al trabajo proyecta su eficacia hacia un doble destinatario: los poderes públicos como garantes de una legislación orientada a su pleno desarrollo y fiscalizador de los posibles incumplimientos y el empresario que, si bien no puede ser compelido a la asignación directa de un puesto de trabajo en la fase precontractual, una vez perfeccionado el contrato ha de abstenerse de cualquier actuación contraria al

derecho comentado¹¹. Es claro poder afirmar como se hiciera antes, el derecho al trabajo de los trabajadores migrantes no está pensado en una obligación de dar trabajo sino el derecho al trabajo dentro de la relación laboral respetando su condición de trabajador en pie de igualdad con los nacionales del país donde se encuentre.

3. El marco legal sobre inmigración en Uruguay

En primer lugar, se darán algunas definiciones que los organismos internacionales van construyendo en función de las políticas sugeridas para poder afrontar el fenómeno migratorio. La Organización Internacional del Trabajo define el trabajador migrante como toda persona que emigra de un país a otro para ejercer un empleo por cuenta ajena, lo cual significa que dentro de esta definición no se incluye a los migrantes que ejercen actividades por cuenta propia, estos estarían incluidos en la categoría de empresarios. La Organización Internacional de las Migraciones considera que la expresión migrante económico se puede emplear como sinónimo de trabajador migrante o migrante de trabajo. Se advierte también que en el caso del trabajador migrante o migrante de trabajo se refiere al migrante que llega al país de destino a desempeñar un trabajo por cuenta ajena, esto es dependiendo de un empleador; mientras que el migrante económico incluye al migrante por cuenta ajena y por cuenta propia como el empresario¹². Por otro lado, la doctrina hace énfasis en que la problemática de las migraciones laborales no ha sido resuelta sino por el contrario se agudiza, la emigración ha sido analizada desde el prisma del orden público y de la soberanía del Estado como nación. De ahí se señala que no resulte extraño que los textos normativos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, hayan incidido más sobre el derecho de las personas a emigrar, descuidando el derecho a inmigrar, así por

¹¹ Guanche Marrero El Derecho del Trabajador a la ocupación efectiva. Civitas España. 1993 p. 25.

¹² Bedoya Bedoya María Rocío. Trabajadores migrantes. Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinadores. Antonio Baylos Grau, Candy Florencio Thomé, Rodrigo García Schwarz. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2039.

ejemplo el art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce como el derecho fundamental a emigrar, a la libertad de circulación, que se traduce en el derecho a salir del propio país para la búsqueda de trabajo, pero no el correlativo derecho a inmigrar a entrar a otro país como inmigrante¹³. La regulación y efectividad ha sido dejada en manos de los Estados, salvo a nivel de la Unión Europea donde ha sido reconducido al ámbito normativo de la regulación supranacional de la misma, proponiendo la Comisión Europea determinados objetivos a seguir por parte de los Estados Miembros.

En Uruguay la ley N°18250 de fecha 17 de enero de 2008 establece en su Artículo primero:

“El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.” Mientras en artículo tercero dice que la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas al territorio nacional se regirán por las disposiciones de la Constitución de la presente ley y de la reglamentación; por su parte el Artículo tercero de la misma ley nos da una definición de migrante, señalando *“se entiende por migrante toda persona extranjera que ingrese al territorio con ánimo de residir y establecerse en él, en forma permanente o temporaria.”* El Artículo cuarto establece *“El Estado uruguayo garantizará a las personas migrantes los derechos y privilegios que acuerden las leyes de la República y los instrumentos internacionales ratificados por el país”*, dando paso así a la declaración de igualdad cuya máxima manifestación se encuentra en el capítulo tercero titulado *“Derechos y obligaciones de las personas extranjeras”* el cual dice: su Artículo séptimo: *“Las personas extranjeras que ingresen y permanezcan en territorio nacional en las for-*

¹³ Trillo Parraga, Francisco. Los trabajadores migrantes: un debate jurídico a abordar desde los derechos humanos. Editorial Bomarzo, octubre 2016, España, puede verse en: <http://editorialbomarzo.es/autor/trillo-parraga-francisco-i>.

mas y condiciones establecidas en la presente ley tienen garantizado por el Estado uruguayo el derecho a la igualdad de trato con el nacional en tanto sujetos de derechos y obligaciones”; interesa destacar lo dispuesto por los Artículos 10 y 11 mediante los cuales se garantiza el derecho a la salud, educación y reagrupación familiar en pie de igualdad con los nacionales: “El Estado uruguayo garantizará el derecho de las personas migrantes a la reunificación familiar con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad, de acuerdo al artículo 40 de la Constitución de la República.”. “Los hijos de las personas migrantes gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales. El acceso de los hijos de trabajadores migrantes a las instituciones de enseñanza pública o privada no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular de los padres.”

En lo que respecta a la protección laboral del trabajador migrante son de interés mencionar los Artículos 16, 17 y 18 dentro del Capítulo cuarto denominado “Del trabajo de las personas extranjeras” cuyo texto señalan: *“Las personas migrantes tendrán igualdad de trato que las nacionales con respecto al ejercicio de una actividad laboral”; “El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar que las personas migrantes no sean privadas de ninguno de los derechos amparados en la legislación laboral a causa de irregularidades en su permanencia o empleo.”; “Las personas migrantes gozarán, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que las nacionales en la medida que cumplan los requisitos previstos en la legislación del Estado uruguayo en la materia y de los instrumentos bilaterales y multilaterales ratificados por el país”.*

No obstante, los artículos siguientes comienzan a distinguir migrantes con residencia permanente, no permanente o temporarios y no residentes: Artículo 19: *“Las personas extranjeras admitidas en la categoría de “residente permanente” podrán desarrollar actividad laboral en relaciones de dependencia o por cuenta propia amparadas en la legislación laboral vigente. En igual sentido el “residente temporario” podrá realizar su actividad laboral en las mismas condiciones durante el período concedido para dicha residencia”; Artículo 20: “Las personas extranjeras admitidas en la categoría de “no residente” no podrán ejercer actividad laboral alguna fuera de las específicas en su categoría”; Artículo 21: “Las personas físicas o jurídicas que en el territorio nacional ocupen trabajadores extranjeros*

en relación de dependencia deberán cumplir la normativa laboral vigente, tal como se aplica a los trabajadores nacionales”; Artículo 22: “Ningún empleador podrá contratar laboralmente a personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional”.

Por su parte el Decreto N°394/2009 Reglamentario de la referida ley en su Artículo 42 señala: *“Para efectuar el trámite de residencia el trabajador deberá cumplir con los siguientes requisitos y procedimientos: a) Al obtener una oferta de trabajo en el país deberá concurrir a la Dirección Nacional de Migración, quien expedirá la autorización para obtener el documento de identidad correspondiente. b) Una vez obtenida la documentación, y dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, deberá acreditar estar inscripto en los Organismos de Seguridad Social como trabajador dependiente. El trabajador por cuenta propia o cualquier hipótesis de trabajador no dependiente deberá presentar a efectos de tramitar su solicitud de residencia una declaración jurada de su situación laboral, conteniendo giro de la empresa, domicilio y fecha de inicio de actividad a efectos de la obtención del documento de identidad. Dentro de los treinta días siguientes deberá acreditarse su inscripción en los Organismos de la Seguridad Social y de la Dirección General Impositiva a fin de cumplir con los recaudos para la obtención de la residencia”.*

Esto conduce a reflexionar, como lo hace la doctrina citada a la protección del trabajador migrante irregular el que no significa que sea ilegal conforme a la normativa citada, sino que se encuentra en el país en busca de empleo es decir no posee una oferta de trabajo lo que no le permite obtener una residencia temporal o permanente. Sin embargo una vez que este trabajador ingresa al mercado laboral formal entra si en un *status quo* que otros países no lo permiten, y es que queda en situación de igualdad total frente a todas las contingencias cubiertas por la seguridad social principalmente en el caso de que se extinga su relación laboral, tendrá derecho a seguro por desempleo y seguirá siendo residente salvo que su cese en la relación laboral obedezca a renuncia al empleo o haya sido despedido por motivos disciplinarios no teniendo la mencionada cobertura en estas circunstancias. Artículo 43: *“Las personas migrantes en materia de seguridad social tendrán el mismo trato que los nacionales tanto en lo que concierne a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones en todas las contingencias protegidas por la legislación vigente”.*

En suma pueden darse dos lecturas al respecto, si bien es positivo que en el caso de que el trabajador migrante es despedido tiene derecho al seguro por desempleo y no pierde su calidad de residente, puede resultar negativo el hecho de que el trabajador que renuncie a su empleo o el que es despedido por notoria mala conducta pierda toda condición, sabiendo que las situaciones de notoria mala conducta e incluso de renuncia muchas veces deben esclarecerse ante la justicia especializada por ser confusas, sumado a ello el tiempo que eso conlleva para obtener un pronunciamiento judicial que puede resultar positivo percibiendo una indemnización económica para el trabajador, pero no admite el reintegro del mismo a su trabajo, salvo que sea delegado sindical y se promueva el amparo legal para su reintegro por discriminación sindical.

Por su parte entonces, el Estado será quien pueda velar por el respeto de los derechos laborales de los trabajadores a través de la policía del trabajo como se lo confía en el artículo 42 en su párrafo primero del decreto reglamentario: *“El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, de acuerdo a sus competencias, controlará el cumplimiento de la normativa laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene independientemente de la nacionalidad del trabajador”*. Complementa esta protección los programas de formación profesional que contempla la legislación social en la materia a los efectos de que una vez que los trabajadores finalicen su seguro de desempleo en pie de igualdad que los nacionales puedan asistir gratuitamente a las ayudas para su reconversión profesional con miras a la búsqueda de nuevos mercados laborales.

Por otra parte, y abordando las relaciones laborales en Uruguay caracterizada por su creciente tasa de sindicalización lleva a concluir a priori que el trabajador migrante atendiendo a su condición legal no será quien precisamente denuncia situaciones de irregularidad o incumplimiento de los convenios colectivos o acuerdos de Consejos de Salarios, que establecen salarios mínimos categorías y condiciones laborales. Sino que se plantea un nuevo escenario de las relaciones laborales condicionado a que el empleador preferirá contratar a trabajadores migrantes.

En lo que refiere al cambio en su calidad la legislación uruguaya posee determinados beneficios que permiten cambiar su condición de visitante o turista a migrante legal sin necesidad de abandonar el país, solo es suficiente con cumplir con los requisitos establecidos en la normativa

referida. Es decir, existen varias formas de obtener la residencia legal. Lo importante a destacar es que si una persona llega a Uruguay con visado de turista no deberá abandonar el país para iniciar los trámites de radicación en el país y cambiar su status de turista a residente legal. Muchos países exigen que la persona abandone el país y tramite su residencia legal desde su país de residencia previamente.

La ley 19254 de fecha 4 de septiembre de 2014 modifica el Artículo 33 de la ley 18250 estableciendo mayores beneficios para adquirir la residencia permanente a las personas que se encuentran en la siguiente situación:

“Tendrán la categoría de residentes permanentes:

- a) Los cónyuges, concubinos, padres, hermanos y nietos de uruguayos bastando que acrediten dicho vínculo.*
- b) Los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados que acrediten dicha nacionalidad.”*

La presente normativa y su reglamentación Decreto 312/2015 tuvo como consecuencia inmediata el incremento de las solicitudes de residencias permanentes, así lo demuestra el cuadro que se adjunta en el siguiente numeral donde se recopilan los datos desde la aprobación de la ley hasta el presente año 2017, publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Estos datos, así como los que refieren a la nacionalidad, nivel educativo, edad y sexo de los migrantes, serán analizados en el capítulo siguiente junto con un examen de su impacto en las relaciones laborales.

Por su parte y siguiendo esta línea de adecuación normativa a la nueva situación poblacional del país se aprobó con fecha 29 de agosto de 2016 un Documento Marco sobre Política Migratoria en Uruguay, en el marco de las competencias de la Junta Nacional de Migración órgano asesor creado por ley N°18250. Por tanto, atendiendo a las dinámicas migratorias internacionales en las cuales Uruguay se inserta actualmente y a los desafíos y oportunidades que ello supone, la Junta Nacional de Migración ha considerado necesaria la creación de este documento marco que presenta a la sociedad en su conjunto los objetivos, principios y lineamientos estratégicos generales de la política migratoria del Estado uruguayo para el corto, mediano y largo plazo.

El documento pretende ser una herramienta fundamental para la gobernanza y la gestión migratoria integral y respetuosa de los derechos humanos acorde con los compromisos internacionales asumidos y los objetivos estratégicos del país. Ha sido elaborado desde esa impronta tripartita marcada por el diálogo social dando intervención a todos los actores involucrados, gobierno, sociedad civil y del sector privado. El referido texto enuncia y describe los principios generales sobre lo que se orienta y rige la política migratoria, que son: el reconocimiento y pleno respeto de los derechos de todas las personas migrantes; Igualdad de trato y de goce de derechos entre nacionales y extranjeros; no discriminación; integración sociocultural; respeto a la diversidad e identidad cultural; igualdad de género; protección integral a los grupos de migrantes en situación más vulnerable. Estableciendo los lineamientos generales sobre la base que se estructurará y consolidará dicha política a decir: el fortalecimiento institucional liderado por la Junta Nacional de Migración con un enfoque integral y transversal de carácter intersectorial que incluye la coordinación en diferentes niveles de gobierno; la articulación con las políticas públicas nacionales implementadas en distintos ámbitos (trabajo, educación, salud, vivienda, seguridad social) para dar respuestas institucionales integrales y coordinadas a los procesos migratorios y las distintas formas de movilidad internacional, así como fortalecer la integración de los migrantes a la sociedad uruguaya y a los proyectos de desarrollo nacional, incluyendo a los nacionales uruguayos residentes en el exterior; así entre otros como la ampliación y promoción de la participación ciudadana y el diálogo social, la participación efectiva y el compromiso de distintos actores sociales¹⁴.

A la fecha las políticas migratorias están siendo implementadas y con los compromisos asumidos en el Documento Marco, no obstante, se monitorea la adecuación normativa a través de los distintos órganos gubernamentales participando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con su Unidad de Migración creada a tales efectos, de integración tripartita con la finalidad de dar participación a los actores sociales¹⁵.

¹⁴ Documento Marco sobre política migratoria en Uruguay. Homologado por resolución de Presidencia de la República de Uruguay de fecha 29 de agosto de 2016. Publicado en [www.presidencia.gub.uy/marco normativo](http://www.presidencia.gub.uy/marco%20normativo).

¹⁵ Puede verse en [www.mtss.gub.uy/unidad de migración/](http://www.mtss.gub.uy/unidad%20de%20migraci%C3%B3n/)

4. Trabajo inmigrante y su impacto en las relaciones laborales

Conforme a los datos publicados¹⁶ por la Dirección General para asuntos consulares y vinculación dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, la situación actual a 2017 es la siguiente:

Situación actual de residencias concedidas: período 2014-2017.

- Concedidas: 69%
- Denegadas: 0,1%
- Canceladas: 5%
- En trámite: 26%

Nacionalidades de residencias concedidas:

- Argentina: 42%
- Brasil: 18%
- Venezuela: 13%
- Perú: 8%
- Colombia: 6%
- Chile: 3%
- Paraguay: 2%
- UE: 2%
- Bolivia: 2%
- Otras: 4%

Rango Estario de los solicitantes:

- 0 a 14 años: 9%
- 15 a 24 años: 9%
- 25 a 34 años: 28%
- 35 a 44 años: 22%
- 45 a 54 años: 14%
- 55 a 64 años: 10%
- 65 años o más: 8%

¹⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores. Dirección General para asuntos Consulares y vinculación. Informes de residencias. www.mrree.gub.uy/frontend/

Sexo de los solicitantes:

- Masculino 51%
- Femenino: 49%

Nivel de estudios de los solicitantes:

- Con educación terciaria o técnica: 48%
- Con calificación media u oficio: 41%
- Sin calificación específica: 11%

Como se aprecia la mayoría de los solicitantes se ubican en la franja estaría entre 25 y 44 años es decir pertenecen a la población económicamente activa así también se puede apreciar un número significativo de menores de edad, con lo cual es posible concluir que muchas familias han optado por Uruguay como país de residencia por los planes de estudio gratuitos incluso en el nivel técnico y universitario que permite que las personas se formen en diferentes carreras o puedan continuar sus estudios sin costo alguno. También los derechos sobre el sistema de salud, seguridad social y la relación laboral con laudos obligatorios con mínimos salariales establecidos por categoría (Consejos de Salarios) sumado a una población pequeña de tres millones de habitantes, son elementos importantes que analizan las personas que quieren establecerse en el país. En cuanto a los datos de género han ingresado casi igual número de hombres que de mujeres.

Un dato de gran importancia es el que refiere al nivel de estudios del inmigrante que solicita residencia. Sin bien el marco normativo no exige la presentación de comprobantes de medios de vida para otorgar o denegar residencias permanentes con fines estadísticos se ha relevado esta información. De acuerdo a los datos proporcionados se observa que el 78% de las solicitudes de residencia permanente corresponden a personas en edad económicamente activa e incorporada a la fuerza laboral del país. El 89% de las personas relevadas tienen alta o medio nivel de calificación por lo que no es necesario afectar recursos nacionales como costo de educación para integrar a estas personas, pero por otra parte este dato importa a la hora de incorporar estas personas al mercado laboral que en una primera fase se desempeñan en cargos muy por debajo de su calificación siendo por tanto sobre cualificados para los mismos. Sin embargo, en algunos casos se integraron trabajadores calificados para ocupar puestos técnicos que el país demandaba personal,

siendo muy bienvenida esa mano de obra (41%). El 11% que carece de estudios se incorpora al servicio doméstico, aunque este cuenta con una protección que otros países no la poseen sea en nivel salarial mínimo, tiempo de descanso, limitación de la jornada diaria y semanal y demás beneficios económicos que provienen de la legislación y de los laudos de Consejos de Salarios. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) tomó como modelo la normativa uruguaya en materia de trabajo doméstico. Por ello la OIT, se encargó de analizar la normativa uruguaya en materia de trabajo doméstico, la aplicación de las leyes y la realidad del sector, con el objetivo de ser tomada como ejemplo o modelo para elaborar un documento para su convenio internacional sobre trabajo doméstico.

5. La protección laboral de las mujeres migrantes en la normativa uruguaya

Como señala la doctrina, el género es una variable imprescindible en el análisis y comprensión de los movimientos migratorios actuales. La creciente feminización de las migraciones en parte es producto de las ofertas de trabajo a escala mundial en los servicios de asistencia personal y de cuidados, que han sido asignadas tradicionalmente a las mujeres. En los procesos migratorios tanto hombres como mujeres utilizan el tradicional orden de género para sus propios fines, ya sea para perpetuar la posición de desigualdad o para desafiarla, pues el contexto de los países de llegada puede abrir nuevas posibilidades para los cambios de roles, respecto a los mantenidos en los países de origen. La interacción entre el sistema de género y los movimientos migratorios internacionales mundiales plantea como las migraciones son procesos que reconfiguran las relaciones entre hombres y mujeres. Estas reconfiguraciones pueden producirse en dos sentidos muy diferentes: 1. abriendo la posibilidad de emancipación transformando la estructura de roles hacia una mayor equidad, o 2. ayudando a reforzar el sistema de dominación masculino y el mantenimiento de las posiciones desiguales entre hombres y mujeres. Todo proceso migratorio transnacional tiene su repercusión en la diferenciación de género en el ámbito laboral¹⁷.

¹⁷ Aguilar Idañez, María José. Inmigración y género. Diccionario de Derecho del trabajo ob. Cit. ...2013 p. 1147 y sgtss.

En el caso de la migración proveniente de países centroamericanos es posible encontrar una marcada diferencia con respecto a los países del sur de América (Argentina y Uruguay), cuanto más al sur se desplazan encontramos mayor independencia de la mujer y condiciones de igualdad en comparativo con la situación de la mujer en países caribeños. Esto lleva a que los países de acogida deben implementar políticas públicas al respecto, en especial en lo que refiere a sensibilización de la población que recibe y la concientización de la población migrante en el respeto de las pautas culturales del país que lo recibe.

Otro elemento a considerar y que se encuentra presente en todo fenómeno migratorio es el derecho de la trabajadora migrante al reagrupamiento familiar, no es infrecuente por tanto que la mujer emprenda el proyecto migratorio en solitario, dejando su familia. Así no solo la conciliación se sigue concibiendo como una problemática de las mujeres, sino de las medidas que deben adoptarse, va de la mano que el derecho a la unidad familiar se condiciona en el caso de inmigrantes a la condición de regularidad administrativa. No es, por tanto, la calidad intrínseca del derecho y su estrecha vinculación con el respeto de la dignidad personal, que determina el campo subjetivo de aplicación y reconocimiento del mismo. Sobre ello prevalecen las exigencias de control y de garantía del orden público del Estado soberano¹⁸. Consecuentemente importa mencionar a continuación la normativa y estrategias de políticas de género implantadas en el país, en la promoción políticas de sensibilización.

Conforme lo ha preceptuado el Documento Marco sobre Política Migratoria en Uruguay referido, la política migratoria en materia de género promueve la igualdad de derechos y oportunidades Como estrategia de transversalización de género se han sugerido la inclusión de cláusulas de género en la negociación colectiva. Así el Primer Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades y Derechos impulsado desde el Instituto de las Mujeres (dependiente del Ministerio de Desarrollo Social) en el 2007, en cumplimiento de la ley N° 18.104 sobre Promoción de la Igualdad de Derechos y Oportunidades entre Hombres y Mujeres en la República Oriental del Uruguay, estableció ciertos lineamientos definiéndolos directamente como compromisos del Gobierno. En

¹⁸ Castelli, Nunzia. Las migraciones como fenómeno ejemplar. Revista de Derecho Social. Separatas. N°54 Ed. Bomarzo, Albacete, 2011, pag. 131 y 132.

materia de empleo se impulsó la realización de campañas de información y sensibilización sobre la normativa laboral, los convenios de la OIT referentes a la igualdad y el Plan de Igualdad de Oportunidades y Trato en el Empleo. Asimismo, se propuso la inclusión de cláusulas sobre no discriminación, licencia maternal y prevención de salud en los convenios colectivos. Se debe destacar que se partía de la convicción de que era necesario fortalecer los ámbitos tripartitos como lugares privilegiados de diálogo social¹⁹. Estos compromisos se fueron cumpliendo en forma gradual. El Plan de Igualdad de Oportunidades y Trato en el Empleo elaborado por la Comisión Tripartita (integrada por representantes del sector trabajador, empleador y el Estado) que lleva el mismo nombre, planteó dentro de sus objetivos y acciones *“Incluir en los convenios colectivos cláusulas que promuevan la igualdad de oportunidades y trato en el empleo”*. Para su cumplimiento se redactó una cláusula consensuada entre representantes de los trabajadores, empleadores y el Ministerio de Trabajo a los efectos de que fuera incluida en todos los Convenios Colectivos celebrados en el ámbito de los Consejos de Salarios: *“Las partes asumiendo el compromiso propuesto por la Comisión Tripartita para la igualdad de Oportunidades y trato en el Empleo, acuerdan promover dentro del ámbito de la negociación colectiva el cumplimiento de la ley 16045, Convenios Internacionales de Trabajo Nros. 103, 100, 111 y 156 ratificados por Uruguay y la Declaración Sociolaboral del Mercosur. Reafirman el respeto por el principio de igualdad de oportunidades, trato y equidad en el trabajo, sin distinción o exclusión por motivos de sexo, raza, etnia, orientación sexual, credo u otras formas de discriminación con las disposiciones legales vigentes”*. Conjuntamente se impulsó la implementación en las diferentes ramas de actividad de cláusulas orientadas a:

1. Principio de igual remuneración para trabajo de igual valor.
2. Igualdad de oportunidades de acceso entre mujeres y varones, a puestos de trabajos mejores y más calificados, así como a la capacitación.

¹⁹ Cláusulas de Género en la Negociación Colectiva 2005-2008. Instituto Nacional de las Mujeres. Investigación apoyada por AECID y Embajada de España en Uruguay. CIEDUR, pág. 20.

3. Eliminación de elementos discriminatorios en los procesos de selección y promoción.
4. Garantía y protección legal a la maternidad, y a otros dispositivos que promuevan un mayor equilibrio entre el ejercicio de la maternidad y la paternidad.
5. La prevención y sanción de acoso moral y sexual.

La ley N° 16.045 refiere a la prohibición de toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o rama de actividad laboral. Como indica el art. 2 de dicha ley la prohibición será aplicable también: a) llamados para provisión de cargos; b) criterios de selección; c) Reclutamiento y contratación; d) criterios de evaluación de rendimiento; e) derecho a la promoción y ascenso; f) estabilidad laboral; g) beneficios sociales; h) suspensión y despido, particularmente en los casos de estado civil; I) Posibilidades de formación o reconversión profesionales y técnicas; J) capacitación y actualización; k) criterio de remuneración. En la ley N° 16.063 se ratificaron los C.I.T. destinados a garantizar los derechos humanos fundamentales que se detallan: C.I.T. N° 100 respecto a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; C.I.T. N° 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y el C.I.T. N° 156 referente a los trabajadores con responsabilidades familiares. También es incorporado a las cláusulas de los convenios colectivos el C.I.T. N° 103 que refiere al período de maternidad de las trabajadoras. Como se detalló, la legislación es inclusiva prohibiendo toda discriminación especial por razón de sexo, raza, religión y política.

6. Perspectivas y desafíos de la normativa uruguaya en materia de inmigración y su relación con la Declaración Sociolaboral del Mercosur

La Declaración Sociolaboral del Mercosur cuyo primer documento fue suscripto en el 10 de diciembre de 1998 y ampliado en el año 2015 enuncia en su artículo 4: *“Todo trabajador migrante independientemente de su nacionalidad tiene derecho a ayuda, información protección e igualdad*

de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país. ...” Como Estado parte Uruguay asumió los compromisos aprobando normas y procedimientos para el cumplimiento de tales fines. No obstante, la doctrina laboral uruguaya sostuvo desde un principio la eficacia directa de sus normas. En efecto esta posibilidad interpretativa de asignar la máxima eficacia jurídica a la Declaración se ve facilitada por la redacción de algunos de sus preceptos que admiten una aplicación directa e inmediata por los operadores jurídicos nacionales. En efecto sus cláusulas no son solamente programáticas sino que muchas de ellas son susceptibles de aplicación inmediata, como las que reconocen o garantizan un derecho efectivo o proscriben una actitud como por ejemplo el párrafo del artículo 1 que establece que todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades..” . La Declaración podría ser vista en una primera lectura como una mera proclamación de propósitos políticos no vinculantes, sin ninguna eficacia jurídica o con la eficacia propia de las normas programáticas. Sin embargo si se atiende a su recepción de los grandes Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos que integran el patrimonio jurídico de la humanidad, con los cuales los Estados partes están comprometidos puede sostenerse que los derechos y principios contenidos en la Declaración forman parte del *jus cogens* esto es cuerpo de derechos humanos básicos que forman parte del orden público internacional más allá de todo acto de reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos nacionales²⁰.

La normativa uruguaya ha sido conteste en impulsar una normativa laboral protectora en materia de migración considerando al trabajador que ingresa al país con ánimo de residir en forma temporal o permanente, pero también con aquel trabajador uruguayo que tuvo que emigrar por motivos económicos y políticos y hoy desea retornar al país, oficializando así también una política de retornados, facilitando por ende la protección laboral de aquellos familiares de uruguayos que quieran regresar. Las perspectivas y desafíos corren por varias aristas programas focalizados hacia la protección de aquellos que desean vivir y trabajar

²⁰ Ermida Uriarte, Oscar. La dimensión social del Mercosur. FCU Montevideo, 2004 pags. 32 y 33.

en el país otorgándole todas las condiciones de igualdad de derechos y obligaciones en paridad con los nacionales, pero también no perdiendo su perspectiva de encaminar la normativa hacia una política migratoria integral y respetuosa de los derechos humanos así como también de los derechos humanos laborales, reconociendo por ende el derecho de las personas a permanecer voluntariamente en el país para desarrollar su proyecto de vida dignamente conforme a las disposiciones vigentes.

7. Conclusiones

Los nuevos fenómenos migratorios cuya causa puede ser múltiple política, económica o ambas se re direccionan en forma distinta a la ocurrida desde siempre, el desplazamiento que antes se daba desde países pocos desarrollados a países desarrollados hoy se da a países en vías de desarrollo, dentro del mismo continente latinoamericano. A partir del 2008 en Uruguay comienza a renovarse la legislación en materia migratoria con la sanción de la ley 18250, esta ley marca una nueva etapa en el país considerando que la normativa migratoria databa de fines del siglo XIX y primera mitad del siglo XX cuando llegaron masivamente los inmigrantes europeos, desde esa época Uruguay no experimentaba un fenómeno migratorio. El nuevo marco normativo está inserto en perspectivas y desafíos, pero fundamenta su política en una visión positiva de las migraciones internacionales para el bienestar y el desarrollo humano, destacando el aporte de las personas que ingresan al país para trabajar, aporte que se ven reflejados en términos culturales, sociales, demográficos y económicos.

Bibliografía

- AGUILAR IDAÑEZ, María José. Inmigración y género. Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinadores. Antonio Baylos Grau, Candy Florencio Thomé, Rodrigo García Schwarz. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- BAYLOS GRAU, Antonio. Inmigración y Derechos Sindicales, Ed. Boma-marzo, Albacete, 2009

- BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín “El Despido o la violencia del poder privado”, Ed Trotta 2009.
- BEDOYA BEDOYA María Rocío. Trabajadores migrantes. Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinadores. Antonio Baylos Grau, Candy Florencio Thomé, Rodrigo García Schwarz. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CASTELLI, Nunzia. Las migraciones como fenómeno ejemplar. Revista de Derecho Social. Separatas. N°54 Ed. Bomarzo, Albacete, 2011,
- ERMIDA URIARTE, Oscar. La dimensión social del Mercosur. FCU Montevideo, 2004
- ERMIDA URIARTE, Oscar. Caracteres tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa. Revista de Derecho Social N°1 Editorial Bomarzo, Albacete, 2006
- GARMENDIA, Mario, “Consejos de salarios y relaciones laborales a propósito de la nueva convocatoria”. Revista de Relaciones Laborales, N° 10, MEC, Montevideo, 2006
- GUANCHE MARRERO El Derecho del Trabajador a la ocupación efectiva. Civitas España. 1993.
- Instituto Nacional de las Mujeres. Cláusulas de Género en la Negociación Colectiva 2005-2008.. Investigación apoyada por AECID y Embajada de España en Uruguay. CIEDUR.
- TRILLO PARRAGA, Francisco. Los trabajadores migrantes: un debate jurídico a abordar desde los derechos humanos. Editorial Bomarzo, octubre 2016, España, puede verse en:<http://editorialbomarzo.es/autor/trillo-parraga-francisco-i>).
- SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1996.

Web consultadas:

- Ministerio de Trabajo Uruguay [www.mtss.gub.uy/unidad de migración/](http://www.mtss.gub.uy/unidad%20de%20migraci%C3%B3n/)
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Uruguay Dirección General para asuntos Consulares y vinculación. Informes de residencias. www.mree.gub.uy/frontend/
- Presidencia de la República Oriental del Uruguay. [www.presidencia.gub.uy/marco normativo](http://www.presidencia.gub.uy/marco%20normativo). Documento Marco sobre política migratoria en Uruguay. Homologado por resolución de Presidencia de la República de Uruguay de fecha 29 de agosto de 2016.



LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL COMO DETONANTE DEL CAMBIO EN LOS HÁBITOS MIGRATORIOS EN MÉXICO

DR. ARTURO DE LA GARZA COLEMAN (MÉXICO)¹

“La Migración siempre ha sido uno de los impulsores más importantes en el progreso y el dinamismo humano”
Ian Goldin

SUMARIO

1. Introducción.
2. Antecedentes y Generalidades.
3. Definiciones.
4. Marco Jurídico.
5. Cambio en los Hábitos Migratorios
6. El Nuevo Paradigma
7. Conclusiones.

1. Introducción

En cualquier proceso legislativo, primero el ser humano genera una conducta, posteriormente y de acuerdo a sus necesidades, la regula por

¹ Licenciado, Especialista en Derecho Laboral, Maestro y Doctorante en Derecho. Adjunto de la Rectoría y Catedrático de Derecho del Trabajo Individual, Colectivo y Procesal en el Instituto de Posgrado en Derecho (México). Director Adjunto del Despacho Martínez y González Asociados, S.C., Miembro de número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C.

medio de normas; después y una vez más de acuerdo a su conveniencia, modificará su conducta a efecto de que no le sea aplicable todo o parte del esquema regulatorio, lo que traerá como consecuencia la creación de nuevas normas y así sucesivamente. A este proceso le denominamos “Evolución Legislativa”

2. Antecedentes y generalidades

A lo largo de la historia podemos afirmar que nunca se ha creado una ley antes de la materialización de una conducta, por el contrario, la evolución legislativa siempre será reactiva ya que nadie puede tener la certeza de lo que el futuro nos depara.

Previo al año 2012 la última reforma realmente trascendente que le fue realizada a la legislación laboral en México² fue en el año de 1980; por ende, su actualización además de necesaria, era inminente, ya que desde la última década del siglo pasado y durante los albores del actual, los empresarios en México (algunos con el apoyo de organizaciones Sindicales), poco a poco empezaron a importar nuevos “modelos de trabajo”, que de una u otra manera ya habían demostrado su efectividad en otros países, es decir, se empezó a experimentar con la llamada *flexibilización laboral*. Se generaron *nuevas conductas* y precisamente por lo novedoso de esos procesos, los mismos no se encontraban regulados por una normatividad, ya que en el mejor de los casos fue la jurisprudencia la encargada de ir dirimiendo gran parte de las controversias que por su implementación se generaron, sin embargo, como más adelante precisaremos, esta suplencia legislativa se extendió por más de treinta años.

Efectivamente, no fue sino hasta pasadas tres décadas, esto es, hasta finales del año del 2012, que la legislación laboral en México, llamada Ley Federal del Trabajo³, fue objeto de una reforma en la cual, entre otras cosas, aparecieron por primera vez figuras como las del *régimen de subcontratación*⁴; el *trabajo a distancia*, de igual manera se crearon dentro de la contratación por tiempo indeterminado las modalidades

² El nombre oficial del país es Estados Unidos Mexicanos.

³ También conocida como ley reglamentaria del Artículo 123 Constitucional.

⁴ Anteriormente, solo se contemplaba a la figura del intermediario.

de *contrato a prueba* y el de *capacitación inicial* y otras tantas, todas con la idea (suponemos) de modernizar de una u otra manera las nuevas formas de producción.

Tal y como hemos señalado, la legislación laboral en México fue vista en parte como una herramienta para intentar regular los “nuevos” modelos de trabajo que de hecho ya se habían venido utilizando a lo largo de los últimos años; esto como una tardía respuesta frente a la modernización de las fuentes de empleo y a la flexibilización de las relaciones de trabajo debido al nuevo entendimiento que se fue generando entre los binomios de producción. Sin embargo, el evidente desconocimiento de los legisladores sobre la materia, la urgencia de introducir figuras novedosas en un sistema jurídico arcaico, sin haberse realizado un análisis cuando menos somero del tema, dio lugar a un galimatías jurídico en el que no solo se confunden los términos sino la naturaleza de las actividades y la manera en la que se desarrollan.

No menos importante resulta el hecho de que uno de los antecedentes que por tradición histórica han sustentado los principios sociales dentro de la codificación laboral en México, lo ha sido el principio de “*irrenunciabilidad de derechos*” sustentado en la Constitución Política⁵ y reiterado en la fracción XII del artículo 5º y del 33º ambos de la Ley Federal del Trabajo.

En adición a lo anterior, debemos puntualizar que al paso de los años el máximo tribunal del País, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha venido sustentado criterios en los que si bien por una parte ha pretendido “respetar” los derechos mínimos fundamentales de la clase trabajadora, también ha abierto algunas puertas para darle acceso a la flexibilización. Tal y como podemos observar cuando determinó que las prestaciones pactadas en los contratos colectivos de trabajo podrían ser reducidas durante la revisión de los mismos, siempre y cuando *se respeten los derechos mínimos legales*⁶.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México. 2017) Artículo 123 Inciso h) fracción XXVII.

⁶ *CONTRATO COLECTIVO. EN SU REVISIÓN SE PUEDEN REDUCIR LAS PRESTACIONES PACTADAS POR LAS PARTES, SIEMPRE Y CUANDO SE RESPETEN LOS DERECHOS MÍNIMOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL TRABAJADOR.* Contradicción de tesis 21/95.—Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno

Los pilares Constitucionales en toda Latinoamérica, al igual que en varios países del orbe se cimientan en los principios de orden social, entre ellos los correspondientes al trabajo se encuentran colocados en un posición muy particular, casi sacramental dirían algunos. Es por ello que la contienda que se genera al intentar insertar nuevos modelos de trabajo, entre los estándares constitucionales y los nuevos procesos productivos, impide que los actores en el mercado laboral, trabajadores, patrones, sindicatos, autoridades y hasta los órganos encargados de impartir justicia, entiendan claramente cuáles son las nuevas reglas, los lineamientos y los límites en los que pueden o no hacer sus actividades, es decir, como hemos sostenido a lo largo de estas líneas, la conducta se adelantó y por mucho a la norma.

Dos prominentes investigadores de la Universidad de Rosario en Argentina, Luis Eduardo Fajardo y Juan Carlos Guataquí, refiriéndose a lo arriba indicado señalan: *“El conflicto jurídico revela una profunda contradicción entre la dirección general de las leyes expedidas en la última década, que buscan flexibilizar el mercado laboral, basadas en la premisa de que dicha legislación facilita el funcionamiento de un modelo de desarrollo basado en la libre acción de las fuerzas del mercado, y unos principios constitucionales que, bajo la doctrina del “Estado Social de Derecho”, consideran que la intervención estatal en la economía es esencial para garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos”*⁷.

Criterios como el anterior, aunados a los nuevos modelos de trabajo, se han convertido en variables relevantes que de una manera u otra inciden en el ánimo de los trabajadores sobre la permanencia en sus fuentes de trabajo y en la de los empleadores en conservarlos, por contar éstos con otras alternativas de producción, circunstancias que constituyen solo dos de las múltiples variables que han provocado cambios en los hábitos migratorios de los trabajadores.

El deseo de superación, los salarios, los tiempos de traslado, el costo de los medios de transporte del lugar de residencia al de trabajo, han generado (dependiendo del ángulo en que se observe) emigración o inmigración, tanto local, como estatal e internacional.

Circuito.—29 de marzo de 1996. 1012150. 858. Segunda Sala. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Vigésima Segunda Sección - Derechos laborales, Pág. 2089.

⁷ Fajardo, Luis, y Juan Carlos Guataquí. 2000. “La corte constitucional y la flexibilidad del mercado laboral”. *Revista de Economía Institucional* 2 (3): 80-103.

No existe la menor duda en que los fenómenos que analizamos generan afectaciones positivas o negativas, no solo en el trabajador que decide optar por migrar a otra fuente de empleo, sino en el de su familia y más aún, a niveles macroeconómicos la migración de cantidades significativas de trabajadores provocan cambios en todos los niveles, tanto en el lugar que dejan como al que llegan.

No menos relevante resulta la necesidad de observar el fenómeno de la migración laboral como consecuencia de las utilidades que ahora nos proporciona las herramientas tecnológicas, las cuales a pasos agigantados ahora permiten que los trabajadores (algunos) realicen sus labores a distancia, es decir, la variable del domicilio ya ha sido eliminada de algunas ecuaciones laborales.

3. Definiciones

Como ya hemos señalado, la *flexibilidad laboral* incide en gran medida en la *migración* en cualquiera de sus formas, por ende, para efectos de nuestro estudio, los dos fenómenos no pueden ser observados de manera aislada, por el contrario, lo relevante es considerar sus puntos de contacto, para que de esta manera se puedan identificar cuáles son los factores de causa y efecto que se generan entre ambos elementos.

En lo que corresponde al término flexibilización encontramos que existen una gran cantidad de conceptos, los cuales varían de una u otra forma dependiendo del autor.

El maestro Danae Duana Ávila nos indica que el término se debe de observar de acuerdo al país de que se trate. Por ejemplo: en los países desarrollados, los procesos de flexibilización *“han respondido a sucesos tecnológicos y en la organización del trabajo que se complementan, es decir se ha dado una coherencia entre las transformaciones en la producción y los cambios en el empleo”*⁸.

En lo que corresponde a los países en vías de desarrollo, el mismo autor señala que el fenómeno *“se caracteriza por su heterogeneidad productiva,*

⁸ Duana Ávila, D.: “Flexibilización laboral, el caso de México” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 92, 2008. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/2008/dda.htm>

*técnica y organizacional, el concepto se aplica a cualquier cambio en las relaciones laborales que rompa con los marcos de la relación de trabajo*⁹.

Por nuestra parte consideramos que la flexibilización laboral provoca la adecuación del marco normativo con el propósito de armonizarlo con la evolución de los procesos productivos y tecnológicos, en beneficio de todos los sectores de la sociedad.

Por lo anterior nos atrevemos a afirmar que el desarrollo de los procesos productivos no se encuentran únicamente supeditados a la legislación laboral de un país, por el contrario, éstos se ven regulados por un sinnúmero de compendios normativos que regulan desde la manera en la que se debe de elaborar un determinado producto hasta las condiciones en las que se debe de comercializar el mismo; sin minimizar desde luego, los códigos, reglamentos, normas, tratados, acuerdos y demás instrumentos, tanto nacionales como internacionales que delimitan cada una de las actividades que se generen a lo largo de la cadena productiva.

Hans-Peter Blossfeld¹⁰ clasifica a la flexibilidad en: *“Numérica, mediante los contratos temporales o a través de los despidos; Funcional, si los empleados son polivalentes y ajustan sus tareas a las necesidades cambiantes de la empresa Salarial, en este caso se ajustan los salarios; Temporal, varían las horas y jornadas de trabajo; y cuando las empresas externalizan el trabajo, contratando los servicios de otras empresas para la realización de algunas tareas, o subcontratando a autónomos.”*

Observamos cierta coincidencia con la clasificación que sobre el mismo tema realizan otros autores, como es el caso del matemático y psicólogo Stephen Edgell¹¹, el cual señala que la flexibilidad se debe de clasificar en cuatro tipos: *la contractual*, refiriéndose a los trabajadores autónomos, *la especial* en lo que toca al teletrabajo, *la temporal* de acuerdo a la duración de la relación y *la total* considerado a estos últimos como empleos informales.

Ahora bien, toca el turno de analizar el concepto de *migración*, el cuál por ser uno de los fenómenos sociales de mayor incidencia a nivel mundial, ha sido conceptualizado de diferentes maneras.

⁹ Idem.

¹⁰ Citado por Martínez, P. & Beranandi, F.. (2011, Febrero 24). *La flexibilidad laboral: significados y consecuencias*. Política y Sociedad, Vol. 48 Núm. 2. P. 383.

¹¹ Idem.

Para nuestro efectos y por lo breve de nuestro ensayo, únicamente nos concretaremos a reproducir dos conceptos que son utilizados por organismos internacionales; para ello tenemos que la Organización de las Naciones Unidas lo define como: “La circulación de personas a través de las fronteras para residir de manera permanente o temporal en un país distinto al de nacimiento o ciudadanía”¹².

Por otra parte la Organización Internacional para la Migración, en su *Glosario Sobre Migración*, define al fenómeno como el “Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos”¹³.

4. Marco jurídico

Por principio jurídico social, para la legislación laboral todos los trabajadores en esencia son iguales (existen algunas diferencias sustanciales de preferencia al considerar la edad, el sexo, etc.), por ende debemos suponer que los trabajadores que tienen la encomienda de laborar de manera remota, es decir, lejos de la fuente física, del establecimiento del trabajo, no deberían de ser una excepción a la regla, esto es, por el simple hecho de ser trabajadores comparten (cuando menos en teoría), todos los derechos y las obligaciones que a cualquiera de ellos les corresponden, sin embargo, por la ausencia de pavimento legislativo, nos veremos obligados a transitar por un camino empedrado para intentar establecer en un principio a cuales trabajadores nos estamos refiriendo, qué características comparten, cuáles son los elementos que identifican a este tipo de relaciones.

¹² Unión Interparlamentaria, la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos). (2015). Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios . 17 de Octubre 2017, de Unión Interparlamentaria 2015 Sitio web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

¹³ Organización Internacional para las Migraciones. (2006). Derecho Internacional sobre Migración. Glosario Sobre Migración. . 18 de Octubre 2017, de Ginebra. Suiza Sitio web: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

Lamentablemente en nuestro país existe total carencia de un marco regulatorio en lo que al teletrabajo se refiere. Efectivamente, aquellos que se ven en la necesidad de utilizar estos conceptos, como sujetos activos, pasivos o terceros, entendido a estos últimos como los administradores de justicia, tienen que acudir imperiosamente a la legislación vigente, esto es, a la Ley Federal del Trabajo, la cual, como hemos señalado a lo largo de este ensayo, no señala prácticamente nada sobre el tema.

Ya hemos señalado que para la legislación laboral todos los trabajadores en esencia son iguales, no existe distinción en cuanto al aplicación general de la norma, por supuesto que algunas modalidades se deben de considerar en los que se denominan como *trabajos especiales*, empero a pesar de estar encuadrados en el capítulo que a ellos se refiere, los realizados a distancia no son considerados como tales, cuando menos no se encuentran sujetos a una normatividad particular, más allá de una mera mención introducida a la fuerza entre los dos párrafos originales del artículo 311.

Artículo 311.- Trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por el, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo.

Si el trabajo se ejecuta en condiciones distintas de las señaladas en el párrafo anterior, se regirá por las disposiciones generales de esta Ley.

Como consecuencia de la reforma del 2012, entre los dos párrafos apareció el que a la letra señala:

“Será considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación”.

Pero será esto suficiente para lograr la regulación necesaria en una figura tan novedosa?, a nuestra manera de ver no, nuestro ordenamiento básico se encuentra muy lejos de siquiera poder asimilar las consecuencias del uso de estas auténticas formas de producción.

Pero sigamos analizando el contexto legal. Como ya establecimos el teletrabajo no se encuentra regulado como tal por la Ley Federal del Trabajo, es por ello, que al momento de buscar el soporte legal para

validarlo, tenemos que acudir al capítulo que se intitula *Trabajo a Domicilio* e intentar hacer un símil comparativo entre dos elementos que a nuestra manera que ver son auténticamente discordantes.

¡Así observamos que el primer párrafo del artículo 311 nos proporciona una definición de lo que es el trabajo a domicilio, indicando que se trata de aquel “*que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo*”.

¡Esta definición no empata con nuestra conceptualización ya que el teletrabajo a diferencia del trabajo a domicilio, se realiza prácticamente en donde sea, en una cafetería, en una banca del parque, en un establecimiento comercial, en una azotea, en fin, en cualquier lugar que al laborante le convenga. La exigencia del precepto en estudio de que la actividad se realice en un local, aparentaría no tener trascendencia, y esto es hasta que se empata con lo establecido por el artículo 318 que señala las condiciones que se deben de establecer por escrito al pretender realizar este tipo de tareas.

Artículo 318.- Las condiciones de trabajo se harán constar por escrito. Cada una de las partes conservará un ejemplar y el otro será entregado a la Inspección del Trabajo. El escrito contendrá:

.....

II. **Local**¹⁴ donde se ejecutará el trabajo;.....

Por ende, tenemos que si el teletrabajo no se encuentra confinado a la realización de actividades en un local específico, éste no puede ser considerado como trabajo a domicilio, por ello, el marco legal preexistente no tiene efectividad al momento de aplicarlo para dirimir una controversia generada en torno al estudio de esta figura.

Aunado a lo anterior, también tenemos otra contradicción legislativa, y ésta la encontramos cuando nos detenemos a leer el contenido del artículo 330, que en una de sus fracciones indica:

Artículo 330.- Los Inspectores del Trabajo tienen las atribuciones y deberes especiales siguientes:

¹⁴ Las negritas son nuestras y se establecieron para resaltar parte del texto.

.....
VI. Practicar visitas en *los locales*¹⁵ donde se ejecute el trabajo, para vigilar que se cumplan las disposiciones sobre higiene y seguridad; y.....”

En conclusión, la figura del teletrabajo no se encuentra comprendida dentro de la codificación laboral en México, por ende, las controversias que se generan en torno de la misma, deben de ser dirimidas, considerándola como una relación laboral común.

5. El cambio en los hábitos migratorios

Como es mundialmente conocido, por la cercanía que tiene con los Estados Unidos de Norteamérica, México se ha caracterizado por ser considerado y utilizado como un trampolín de migrantes hacia aquel país, no solo por sus nacionales, sino por ser tránsito obligado para todas aquellas personas que habitan en los países que se encuentran ubicados al sur de su frontera y que por un sinnúmero de circunstancias, entre ellas la de perseguir al llamado “sueño americano”, pretenden incursionar en lo que para México es el territorio Norteamericano. La migración desde éste punto de vista ya ha sido largamente analizada; por ello nosotros nos avocaremos a observar el fenómeno de manera interna, es decir, los movimientos que se desarrollan dentro de nuestras fronteras.

Los patrones de movilidad laboral se generan por el simple hecho de que un trabajador se tenga que trasladar diariamente de su lugar de residencia al de su fuente de trabajo lo que en el caso de México, muchas veces implica el tránsito en entre dos o más entidades llámense estas municipios o estados, a esto lo podemos catalogar como *migración bidireccional sistemática*, la cual genera efectos constantes en todos los niveles (políticos, económicos y sociales) tanto en el lugar de origen como en el de destino, por ejemplo al devengar el salario en una entidad y erogarlo en otra.

Por otra parte, el cambio de lugar de residencia de los trabajadores (y por lo regular de sus familias), por motivo de su empleo, puede ser

¹⁵ Ídem.

catalogado como *migración unidireccional permanente*, la que también genera alteraciones o cambios, pero a diferencia de la bidireccional sus efectos son definitivos.

Observemos el proceso desde la óptica de la estabilidad en el empleo, la cual por cierto, en México constituye uno de los pilares en los que se sustentó el derecho social. La migración inter-empresarial, entendiendo ésta como el cambio de trabajo de una fuente de empleo a otra, por el simple hecho de obtener beneficios económicos por ése cambio, durante las últimas décadas del siglo pasado fue un acontecimiento poco observado en México. La escasa oferta de trabajo aunado a las crisis económicas de 1976 y la de 1982, provocaron que el conservar el empleo a toda costa, se convirtiera en una forma de vida.

El conseguir un empleo implicaba permanecer en él prácticamente durante toda la vida útil del trabajador, no se diga cuando se trataba de una plaza o posición proporcionada como consecuencia del cumplimiento de un compromiso contractual con el sindicato titular del contrato colectivo.

La primera ley de Newton dicta que “*Todo cuerpo tiende a mantener su estado de reposo..... a no ser que sea obligado a cambiar su estado por fuerzas ejercidas sobre él*”. Nos permitimos citar esta condición de la física elemental a fin de validarla como analogía sobre lo que durante años se dio en el entorno laboral de nuestro país.

Por un instante ubiquémonos en el México de los años 70’s, el comercio internacional era escaso, por ello el consumo interno y la poca o nula competencia comercial, provocó que las empresas permanecieran en un estado de “inercia productiva”.

Aunque marginal, las empresas generaban utilidad, máxime si se trataba de negocios cuyos bienes o servicios tenían constante demanda, por tener poca o nula competencia, es decir, no existían alteraciones en las fuerzas (para continuar con el símil) que provocaran un cambio sobre su estado de *in pass*.

No sería sino hasta que existió un cambio relevante en las fuerzas que actuaban sobre las “determinantes de negocio”¹⁶ y que afectaron principalmente la generación de utilidad, que las empresas en mayor o

¹⁶ Conjunto de factores que se deben de considerar para establecer la estrategia empresarial.

menor medida, optaron por realizar ajustes o cambios en sus procesos. Efectivamente durante los últimos años del siglo xx, en México tanto las empresas como los trabajadores vivieron en una especie de zona de confort, ya que los empresarios poco o nada hacían por mejorar sus productos o servicios, existió, a decir de muchos, un letargo en el sistema capitalista, el cuál fue despertado abruptamente por la apertura comercial que permitió el ingreso de franquicias internacionales, aunado a procesos económicos de corte internacional como lo fue la firma del tratado de libre comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá que entró en vigor en Enero de 1994, con ello la sacudida que sufrió nuestro sistema económico generó, a decir de Sir Isaac Newton, la fuerza que provocó el cambio sobre el *estado de reposo* comercial que imperaba en el país.

Como hemos señalado, en el mundo laboral el rompimiento de la *inercia productiva* solo se provoca cuando existen alteraciones en las “determinantes de negocio”, por lo que cualquier cambio en las mismas obliga a las empresas a que se actualicen, que sus procesos productivos cambien, que opten por otras alternativas, por encontrar nuevas maneras de contratar, es decir, las obliga a evolucionar atendiendo o evadiendo a las reglas, condiciones y limitaciones que el entorno normativo establece y, solo en la medida en la que el empresario se pueda anticipar o ajustar rápidamente a esos cambios, es que podrá garantizar el crecimiento y en el peor de los casos, la sobrevivencia del negocio.

Ahora conectemos lo anterior con nuestro tema central, la flexibilización laboral ha provocado que los hábitos migratorios, entendiendo estos como la movilidad temporal o permanentes de los individuos que participan en la producción de bienes o servicios, cambien, para ello, y por la brevedad de este ensayo, utilizaremos únicamente un ejemplo del todo actual, conocido comúnmente como *Trabajo a Distancia o Teletrabajo*.

Pareciera poco trascendente el observar los hábitos de traslado desde el lugar de residencia hasta el de trabajo de cualquier persona, especialmente cuando esto se genera al interior de una pequeña comunidad.

Antaño el herrero se despertaba y en unos cuantos minutos caminaba pocos pasos hasta su taller, lo mismos sucedía con el ganadero, el sacerdote, el maestro y en general con cualquier miembro que integraba una pequeña comunidad. Ahora, si extrapolamos este pequeño universo y

lo colocamos en la actualidad dentro de una gran urbe, nos podremos percatar que las cosas han cambiado.

En México la entidad avocada al estudio y análisis estadístico por excelencia lo es el denominado Instituto Nacional de Estadística, Geográfica e informática (INEGI) el cuál en el año de 2015 realizó la llamada “*Encuesta Intercensal 2015 Estados Unidos Mexicanos*” la cual, para nuestros efectos, es digna de destacar ya que por primera vez se contemplaron preguntas sobre movilidad¹⁷ escolar y laboral.

El documento señalaba “Garantizar la movilidad de la población con el fin de que pueda desarrollar sus actividades cotidianas, es una acción gubernamental básica en una sociedad”¹⁸.

A través de la encuesta ahora se conoce que el 15.6% de la población ocupada, es decir, aproximadamente 6.6 millones de personas, trabajan en un municipio distinto al de residencia pero, dentro de la misma entidad federativa, esto quiere decir que al interior de nuestro país se genera una migración diaria (bidireccional sistemática) mayor a la población total de Dinamarca.

Los traslados hogar-trabajo-hogar se acrecientan en las entidades que cuentan con Zonas Metropolitanas, 40.7% de la población ocupada que reside en estados como Nuevo León trabaja en un municipio distinto al que reside. El 39.3% de la población ocupada en la Ciudad de México y el 26.5% de Tlaxcala se encuentran en la misma situación. En cambio, este tipo de movilidad es inferior en los estados del norte del país: Baja California Sur, Baja California, Chihuahua y Sinaloa¹⁹.

Solo por poner un ejemplo, en la delegación (o municipio) Cuauhtémoc, que se encuentra dentro de Ciudad de México, la población residente era en el año 2015 de 532,553 habitantes, mientras que la población no residente era de 508,458, es decir el 95.5% más, esto quiere decir que casi la totalidad de la población habitual recibía migraba diariamente

¹⁷ El INEGI define a la Movilidad como Desplazamientos cortos diarios y cíclicos entre el lugar de residencia y el de trabajo o estudio, ya sea dentro de la misma unidad político-administrativa o hacia otra dentro del país o fuera de éste.

¹⁸ Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. (2015). *Principales Resultados de la Encuesta Intercensal 2015 Estados Unidos Mexicanos*. Octubre 13, 2017, de Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática Sitio web: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/2015/doc/eic2015_resultados.pdf

¹⁹ Ídem.

hacia el interior de esa delegación a realizar una actividad para que al final de la jornada regresara a su lugar de origen.

El mismo documento nos informa que tres de cada diez personas ocupadas utilizan de 16 a 30 minutos para trasladarse de su vivienda al centro de trabajo. Le siguen en orden descendente los que emplean hasta 15 minutos.

En el lado opuesto, el 8.4% de la población ocupada²⁰ hace más de una y hasta dos horas para llegar al trabajo y el 2.5% realiza trayectos superiores a 2 horas.

Si consideramos que conforme a los datos obtenidos por el INEGI, en el año 2015 la población ocupada ascendía a 52'198,611, en consecuencia tres de cada diez es el equivalente a 15'659,583.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que el tiempo promedio de traslado hogar-trabajo en este rango de población, sería la media entre 16 y 30 minutos, es decir 23 minutos los que multiplicados por nuestra base poblacional en estudio 15'659,583, nos arroja un total de 360'170,409 minutos o 6'002,840.15 horas solo en trayectos unidireccionales. Un poco más del tiempo que el herrero de nuestro ejemplo utilizaba para trasladarse a su taller.

Como podemos observar, en parámetros macro-poblacionales, cualquier alteración en las variables se traduce en afectaciones masivas, tanto en quien participa de la estadística como en el lugar en donde se realiza la misma.

El gasto diario promedio por trabajador en México considerado únicamente traslados y alimentos, asciende a poco más de dos dólares, mismos que si multiplicamos una vez más, por nuestra base poblacional en estudio, nos representa un gasto diario de poco más de 30 millones de dólares.

Por otra parte, el costo que se les genera a los empresarios por recibir en el centro de trabajo a sus colaboradores tampoco es poca cosa, ya que cada uno de ellos utiliza y consume materiales con cargo directo al empleador, energía eléctrica, agua, mobiliario, papel, tinta, productos sanitarios; todo ello en adición al costo del mantenimiento del inmueble, la seguridad, licencias, permisos y una gran lista de etcéteras con las que

²⁰ De acuerdo al INEGI en 2015 la población ocupada ascendía a 52,198,611 de personas.

nos podríamos extender a lo largo de varias páginas, que en conjunto implican sobrecargas en los costos de producción.

En consecuencia podemos afirmar que el simple hecho de trabajar, le genera a las dos partes del binomio productivo, tanto gastos como molestias y esto únicamente por el hecho de tener que acudir diariamente al centro de trabajo.

La alternativa a la problemática plateada se ha encontrado precisamente en el teletrabajo. Efectivamente, el eliminar de la ecuación laboral la variable “distancia” genera como resultado un aumento en el bienestar de ambas partes, ya que solo por señalar algunas circunstancias, el trabajador se vuelve más productivo y cuenta con mayor tiempo para dedicarse a sus actividades personales y por la otra el empleador recibe mayor calidad de trabajo y ve reducidos considerablemente sus costos de producción.

Este modelo de productivo, lamentablemente solo se puede considerar en el llamado trabajo “intelectual”, ya que es evidente que el obrero (trabajador en fábrica) no podrá realizar las actividades que realiza en una factoría a su domicilio; a menos, claro está, de que se trate de un proceso de maquila, empero éste tiene precisamente como característica, el realizar productos fuera del centro de trabajo.

6. El nuevo paradigma

Resulta innegable que los elementos tecnológicos han adquirido, cuando menos desde las últimas décadas del siglo pasado, un auge muy peculiar, especialmente todos aquellos que implican la generación de nuevos satisfactores a los que nos permitiremos catalogar como *satisfactores virtuales* o productos electrónicos, que no son otra cosa sino trabajo generado por medio del uso de TICS²¹.

Los satisfactores virtuales nacieron prácticamente por una casualidad, ya que derivado de la necesidad de comunicación, a nivel tecnológico se desarrolló la red mundial de información²² ahora

²¹ Acrónimo que se genera de *Tecnologías de la Información y Comunicación*

²² (Proyecto originalmente militar que se anuncia por primera vez al público en 1991 WWW por sus siglas en ingles de las palabras World Wide Web)

conocida coloquialmente como internet. Desde entonces esta red ha evolucionado de manera exponencial, a grado tal de que en la actualidad, prácticamente todos los seres humanos de manera directa o indirecta se encuentran conectados a la misma.

Este nuevo entorno tecnológico dio pie al uso de computadoras y a los teléfonos celulares como herramientas de interacción humana, lo que involuntaria pero consecuentemente generó una nueva manera (virtual) de integración social llamadas precisamente *redes sociales*, las que se han llegado a convertir en la forma de comunicación por excelencia, dejando en segundo término (y prácticamente en desuso) al teléfono común como herramienta auditiva utilizada para los mismos fines.

Gracias a toda esta explosión tecnológica, desde finales del siglo pasado y principios del actual, las empresas y corporaciones han, poco a poco, optado por el uso de estos herramientas para administrar sus negocios e interactuar en todos aspectos con sus trabajadores por medio de correos electrónicos, mensajes de texto, WhatsApp, redes sociales, MSN, etc. lo que ha provocado que a nivel mundial el trabajo en el domicilio²³ o teletrabajo (como algunos tratadistas lo han denominado), por su utilidad y fácil administración comenzara a despuntar de aquellos a los que podemos considerar como medios de trabajo convencionales, el trabajo sin paredes, sin entornos, sin contacto es ya una realidad y constituye un nuevo paradigma no solo en las relaciones laborales, sino en las humanas.

Los teletrabajadores en su mayoría son personas cuyo requerimiento único para desarrollar su actividad es el de contar con una computadora y una conexión a la red (internet), sin importar su ubicación geográfica; es decir, no requieren de su presencia física dentro de una determinada instalación (o fuente de trabajo).

Las actividades de los teletrabajadores por supuesto no están confinadas a cuatro paredes, ni mucho menos a un entorno físico en particular, por el contrario su desarrollo es por definición extramuros, lo que desde luego constituye una gran ventaja a los empleadores ya que se trata de trabajadores que prácticamente no generan ningún gasto con motivo de su operación.

²³ No confundir con el trabajo a domicilio.

Como resultado de esta nueva cultura basado principalmente en la electrónica, han aparecido nuevas *tribus urbanas*, entre las cuales nos encontramos con los prácticamente autodenominados *milenials*²⁴.

Forbes México²⁵ señala que los milenials componen una nueva concepción social, una nueva comunidad, ya que revisten características muy particulares que los extrapolan del resto de los individuos que de manera física interactúan con otros integrantes de los cuerpos sociales, en los que naturalmente se desarrollan. Entre sus características encontramos que 1) Dominan la tecnología. 2) Utilizan múltiples canales y dispositivos digitales para sus actividades. 3) Su vida es móvil. 4) son extremadamente sociales pero solo de manera virtual. 5) Son críticos, exigentes y volátiles. 6) exigen personalización y nuevos valores. y nosotros agregamos que son poco estables en un trabajo.

Ahora bien, ante estos nuevos modelos sociales, las empresas como unidades productoras de satisfactores también han evolucionado y a lo largo de este camino han generado vértices, puntos de contacto entre ellos que se han materializado en el desarrollo de actividades. Algunos ni siquiera desean considerarlas como trabajos, sino que los conciben como un simple medio para alcanzar un fin²⁶ y es precisamente esta nueva conceptualización la que ha modificado al mercado.

Ante la modificación social, las empresas han optado por acoplarse a las nuevas culturas y por ello ha encontrado en los milenials una nueva cantera, una veta casi inagotable de trabajadores, ¡pero cuidado!, esta nueva estirpe no fue forjada bajo los mismos conceptualismos sociales que sus padres, sus valores son otros, sus lealtades se encuentran en otros lugares, muy alejados de lo que para nosotros fue la seguridad que daba un lugar de trabajo, entendiendo éste, como un espacio físico, cuatro paredes bajo un nombre, una marca o mejor aún una razón social, que nos arropaba con el falso manto de la seguridad laboral.

Ahora las reglas han cambiado, tal parece que los nuevos arquetipos se sujetan a otro tipo de valores, “yo lo hago como quiero y tú me pagas”, podría ser una de las frases más comunes que se escuchan

²⁴ Se dice de las personas que llegaron a la edad adulta después del año 2000.

²⁵ Forbes México Consulta 2 de Agosto 2017

<https://www.forbes.com.mx/6-rasgos-clave-de-los-millennials-los-nuevos-consumidores/>

²⁶ Ídem. 86 % de los consumidores actuales declara que dejaría de hacer negocios con una empresa debido a una mala experiencia de cliente.

(leen) en los pasillos digitales de las redes sociales, ya que no olvidemos que la interacción ahora no es como lo era antes; ahora son solo ceros y unos traducidos por procesadores, que dan sentido a las imágenes que aparecen en las pantallas de los ordenadores y teléfonos móviles.

El trabajo hoy ya no es del todo físico, la producción se está dejando en manos de auténticos robots, de factorías industrializadas a grado tal que son manejadas por unos cuantos individuos que únicamente se dedican a observar monitores y apretar botones. Efectivamente el trabajo físico está pasando de moda, la era digital está aquí y aparentemente llegó, no para quedarse, sino para evolucionar en algo que en estos momentos no podemos concebir.

Existe coincidencia en que el teletrabajo genera ventajas tanto personales como operacionales, entre las cuales tenemos principalmente:

- ✓ Menor estrés Mayor Productividad
- ✓ Baja en costos de mantenimiento
- ✓ Menores distractores
- ✓ Utilización de personas vulnerables (discapacitados, diverso-preferentes, etc)
- ✓ Anula la discriminación
- ✓ El trabajador se auto determina su jornada
- ✓ Reduce la contaminación
- ✓ Ahorra en transporte
- ✓ Se considera como práctica ecológicamente favorable
- ✓ Estimula la convivencia familiar

Xóchitl Garmendia señala como ventajas para el sector patronal:

- ✓ Menores costos de mantenimiento de la empresa, luz, agua, renta, mobiliario, instalaciones, etc. en Estados Unidos se ha calculado que se ahorra un 30% de gastos por cada trabajador.
- ✓ Se reduce el ausentismo, ya que el trabajador podrá seguir realizando sus funciones en casa, cuando no se trate de enfermedades graves, lo que se traduce en aumento de la productividad.
- ✓ La empresa puede mantener libre de congestión sus comunicaciones, y en caso de emergencias se evitan los operativos de seguridad civil, evitando accidentes o emergencias.

- ✓ Mejora en el reclutamiento y mantenimiento de recursos humanos, posibilidad de la organización de contratar a personal que habita en zonas distantes sin que tenga que cambiar de domicilio o residencia y siga contando con el personal calificado.
- ✓ Mejoras en atención al cliente, cuando se refiere al trabajo móvil por comunicaciones a distancia con el cliente, para otorgarle un mejor servicio²⁷.

La edición digital de *Entrepreneur.com*²⁸ nos proporciona lo que se considera como las mayores desventajas del uso del teletrabajo

- 1.- Existe un punto de rendimiento decreciente al emplear teletrabajadores, ya que el coste de un control de calidad es mayor que el valor que el que los trabajadores aportan, ya que la supervisión del trabajador en casa es menor.
- 2.- Suele haber una pérdida de las jerarquías al no existir una supervisión continua.
- 3.- Se crea una menor identificación del trabajador con la empresa.
- 4.- Este aislamiento físico produce una menor socialización y participación por parte del trabajador para con la empresa.
- 5.- Se pueden crear conflictos con la lealtad del empleado para con la empresa, por la misma razón de no sentir una gran identificación con ésta.

Nosotros agregamos elementos negativos adicionales como desempleo, pérdida de prestaciones sociales, pérdida de cohesión e identidad social, falta de control en la operación, deslealtad, robos, fuga de información, gastos excesivos en TICs.

Las tele-relaciones laborales que, nos guste o no, actualmente existen, se encuentran en México en un limbo jurídico total; la escasa o prácticamente nula legislación en la materia obliga a los intérpretes de la norma a optar por criterios de similitud entre relaciones clásicas de

²⁷ Garmendia, X. (2008). Teletrabajo. Octubre 1, 2017, de Tribunal Federal de Justicia Administrativa Sitio web: <http://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/Teletrabajo.pdf>.

²⁸ SoyEntrepreneur. (2011). *Ventajas y Desventajas del Teletrabajo*. octubre 1, 2017, de Entrepreneur.com Sitio web: <https://www.entrepreneur.com/article/263950>

trabajo y las civiles (relaciones profesionales), que a nuestro parecer no son aplicables por tratarse de fenómenos que si bien comparten una esencia disienten en su desarrollo.

Desde la visión empresarial, el teletrabajo resulta conveniente debido a que la actividad que se realiza es más productiva, se anulan los riesgos de trabajo, se anulan los gastos inherentes al trabajador, se minimizan los insumos de mantenimiento, aseo y suministros de oficinas, entre otros. Exportar el trabajo y no al trabajador se está convirtiendo en un proceso productivo común; la idea de poder realizar un trabajo extramuros y es más sin fronteras de ninguna especie, se ha convertido para muchos una forma de vida más redituable y placentera.

Pero existe otra cara de la moneda ya que si consideramos ambos puntos de vista, es decir los beneficios del patrón y del trabajador al utilizar el teletrabajo, aparentaría que se trata de una actividad ganar-ganar, sin embargo, su implementación no le genera a algunos pérdidas de empleo?, no implica que las empresas se conviertan también en entidades virtuales?, la respuesta a ambas interrogantes es afirmativa, aunque cueste creerlo, en la actualidad empresas que no existen en ninguna parte emplean a cientos de trabajadores que no laboran en ningún lugar, generando millones de dólares que, curiosamente pueden no estar en ninguna parte.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que el teletrabajo es *una forma productiva que permite realizar una actividad remunerada sin estar físicamente en una fuente de trabajo*, por ello no es concebible sin el uso de herramientas propias de nuestra era, es más, el teletrabajo sin el uso de internet o de cuando menos un teléfono, no podría llevarse a cabo eficientemente.

La tendencia no deja lugar a dudas, la flexibilización laboral y la evolución tecnológica, han provocado y seguirán provocando cambios en los patrones migratorios, por ende en los procesos de contratación y en la forma en la que se desarrollará el trabajo.

El tan añorado don de la ubicuidad, ahora es una realidad, ya que virtualmente una persona puede estar en más de dos lugares a la vez. Las fronteras geográficas y las físicas han dejado de ser un impedimento para el desarrollo del trabajo, la tecnología nos permite interactuar con cualquier persona en cualquier parte del mundo, los que en consecuencia permite que no sea necesario el tener que trasladarnos

de un lugar a otro a menos, claro está, que nuestra presencia física sea indispensable.

En nuestro país el teletrabajo como tal no se encuentra reconocido, menos aún regulado, a diferencia de otros países en los que existen legislaciones especializadas en el tema, nosotros únicamente podemos utilizar el marco normativo vigente para aplicarlo por analogía o similitud en los casos de controversias laborales.

Conclusiones

PRIMERA.- La migración direccional sistemática dentro de las fronteras de cualquier país, genera conflictos en diversos rubros, movilidad, desintegración familiar y seguridad, solo por mencionar algunos, el eliminar los lugares de trabajo como parte esencial del desarrollo productivo, genera en consecuencia directa mayor productividad al empleador y bienestar al trabajador, siempre y cuando ambos observen las limitaciones que al efecto se deben de establecer en un sistema normativo para evitar abusos en estos modelos e trabajo.

En el desarrollo del trabajo intelectual, la orientación productiva tiende a lograr una disminución considerable o a la posible eliminación de la migración bidireccional sistemática, ya que en poco tiempo no será necesaria, como actualmente lo es en diversas partes del mundo, la presencia física del individuo en una fuente de trabajo. Más aun, las comúnmente conocidas como oficinas, dejarán de serlo, para mutar en ambientes virtuales que alojarán (como en algunos lugares ya sucede) a un sinnúmero de empleados que realizarán sus actividades desde cualquier parte del mundo.

SEGUNDA.- La tecnología ha aperturado un nuevo nicho de conocimiento, por lo que la informática jurídica, lejos de ser utilizada como una ciencia auxiliar, debe de considerarse como la oportunidad para crear una legislación específica que permita regular, verificar, validar, administrar y sancionar el uso de las nuevas (algunas no tanto) formas de contratación, debido a que sin lugar a dudas, sobre ellas se estructurarán la mayor parte de las relaciones humanas en un futuro muy próximo, como de hecho hoy ya está sucediendo.

Bibliografía

Artículos y Revistas

- DUANA ÁVILA, D.: “Flexibilización laboral, el caso de México” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 92, 2008. <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/2008/dda.htm>
- FAJARDO, Luis, y GUATAQUÍ, Juan Carlos. 2000. “La corte constitucional y la flexibilidad del mercado laboral”. *Revista de Economía Institucional* 2 (3): 80-103
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-59962000000200004&script=sci_abstract&tlng=pt
- GARMENDIA, X. (2008). Teletrabajo. Octubre 1, 2017, de Tribunal Federal de Justicia Administrativa Sitio web: <http://www.tfja.gob.mx/>
- MARTÍNEZ, P. & BERANANDI, F.. (*La flexibilidad laboral: significados y consecuencias*. Política y Sociedad, Vol. 48 Núm. 2. P. 383. European University Institute, Department of Political and Social Sciences, Florencia.
<http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/viewFile/36642/35482>

Portales Especializados

- Forbes Mexico Consulta 2 de Agosto 2017
<https://www.forbes.com.mx/6-rasgos-clave-de-los-millennials-los-nuevos-consumidores/>
- SoyEntrepreneur. (2011). *Ventajas y Desventajas del Teletrabajo*. octubre 1, 2017, de Entrepreneur.com Sitio web: <https://www.entrepreneur.com/article/263950investigaciones/historico/pdf/Teletrabajo.pdf>

Organizaciones

- Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. (2015). *Principales Resultados de la Encuesta Intercensal 2015 Estados Unidos Mexicanos*. Octubre 13, 2017, de Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática Sitio web: <http://www.beta.inegi.org>.
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006). *Derecho Internacional sobre Migración*. Glosario Sobre Migración. . 18 de

Octubre 2017, de Ginebra. Suiza Sitio web: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

Unión Interparlamentaria, la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos). (2015). Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios. 2017, de Unión Interparlamentaria 2015 Sitio web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

Legislaciones

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México. 2017)
Ley Federal del Trabajo (México 2017)



EL ACCESO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA DURANTE LA CRISIS Y LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN LA LEY DE EMPRENDEDORES A UN NUEVO TIPO DE INMIGRACIÓN

DRA. M^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Murcia (España).

RESUMEN:

La crisis económica ha supuesto una crisis de empleo que prácticamente ha desencadenado el cierre de la entrada de mano de obra extracomunitaria. Con esta ponencia se pretende analizar cómo ello ha supuesto prácticamente el cierre de las vías de acceso al mercado nacional de trabajo, convirtiéndose las fórmulas ordinarias en la excepcionalidad y las extraordinarias en la única forma de entrada. Además, se ha abierto un nuevo cauce de acceso privilegiado para extranjeros con recursos y/o cualificación profesional que segmenta la entrada de inmigrantes, diferenciando entre trabajadores sin recursos ni cualificación profesional y trabajadores con recursos y/o cualificación profesional.

PALABRAS CLAVE:

Inmigración, autorización, trabajo, emprendimiento.

SUMARIO:

1. Formas ordinarias y extraordinarias de acceso al mercado de trabajo español de los extranjeros en tiempos de crisis.
 - 1.1 Aspectos introductorios.
 - 1.2 Las formas ordinarias de acceso al mercado de trabajo: la solicitud individual de autorización de residencia y trabajo y la gestión colectiva de contrataciones en origen.
 - 1.3 Formas extraordinarias de acceso al mercado de trabajo.

2. El régimen privilegiado de la Ley de Emprendedores y la creación de un nuevo tipo de inmigración.
 - 2.1 Aspectos Introdutorios.
 - 2.2 Extranjeros inversores.
 - 2.3 Extranjeros emprendedores.
 - 2.4 Trabajadores extranjeros altamente cualificados.
 - 2.5 Formación, investigación, desarrollo e innovación.
 - 2.6 Traslado intraempresarial de trabajadores extranjeros.
3. Conclusiones.
4. Bibliografía.

1. Formas ordinarias y extraordinarias de acceso al mercado de trabajo español de los extranjeros en tiempos de crisis

1.1 Aspectos introductorios

Aunque se entiende por extranjero a todo aquel que carece de nacionalidad española, el término “extranjero” suele emplearse en el ámbito jurídico para referirse exclusivamente a los extranjeros extracomunitarios, es decir, a quienes entran dentro del ámbito de aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE en adelante).

El derecho al trabajo, proclamado en el art. 35 de la Constitución del 78, no pertenece al grupo de derechos inherentes al ser humano, imprescindibles para garantizar su dignidad (STC 107/1984, de 23 de noviembre), lo que significa que el ordenamiento jurídico español, al igual que ocurre en el resto de países de nuestro entorno, prioriza el acceso al trabajo -por cuenta ajena- de los nacionales frente a los extranjeros, que queda sometido a la valoración de la situación nacional de empleo. En consecuencia, se articula un sistema de protección de la mano de obra nacional cuyos pilares básicos son la autorización administrativa para trabajar y la valoración de la situación nacional de empleo, que se remonta a las primeras normas de regulación del trabajo de los extranjeros (RD de 1931 de 16 enero de 1931) y cuyo mantenimiento es defendido, de manera matizada, por un sector doctrinal (Fernández, 2006).

Curiosamente, pese a que toda la normativa de extranjería se asienta sobre el principio general de la regularización en origen marcado desde

la Unión Europea, ello no supone óbice alguno a la previsión normativa de una excepcionalidad que termina convirtiéndose en una situación más previsible y ordinaria, que extraordinaria. La entrada de mano de obra extranjera, salvo las excepciones reguladas (arts. 40 y 41 LO 4/2000), ha de someterse a la valoración individual o colectiva de la situación nacional de empleo, conforme a la cual se concederá o no la previa autorización de residencia y trabajo, con la que el extranjero podrá entrar en territorio español. Sin embargo, la realidad es bien distinta, el extranjero entra en territorio español de forma regular (normalmente con un visado de estancia, como turista) o de forma irregular (en patera o saltando la valla) y se busca la fórmula excepcional de regularización.

La LOE y su Reglamento de desarrollo regulan dos fórmulas “ordinarias” de acceso al mercado nacional de trabajo, según se realice una valoración de la situación nacional de empleo individual (solicitud individual de autorización de residencia y trabajo), o colectiva (gestión colectiva de contrataciones en origen). Dos fórmulas de regularización en origen que han ido evolucionando y mejorando su configuración legal, pero cuyos resultados son más que cuestionables ya que sus planteamientos se alejan de la situación real: la necesidad, por un lado, por parte del empleador, de conseguir mano de obra de manera inmediata conociendo previamente al empleado, y, por otro lado, por parte de los inmigrantes que ya se encuentran en territorio español, la de regularizar su situación.

El fallo del sistema se refleja claramente en el número de inmigrantes en situación irregular y en la necesidad de contravenir institucionalmente el principio de regularización en origen a través de procesos de regularización extraordinaria, un fenómeno común en los países del sur de Europa (Italia, Portugal, Grecia, Francia y Bélgica) antes del inicio del periodo de recesión. De hecho, aunque no existe un pronunciamiento expreso de la Unión Europea a este respecto, la idea general que parece dominar entre las diferentes instituciones es la de que estos procesos son necesarios, pero dado que afectan al resto de los Estados miembros, deberían de fijarse unas reglas comunes para llevarlos a efecto (Aguilera, 2006:178 y ss.).

En España, hasta la fecha, exceptuando los “acuerdos de regularización” llevados a cabo en determinadas CC.AA. y las medidas extraordinarias de regularización y nacionalización como consecuencia del atentado terrorista del 11-M en Madrid, puede decirse que han sido seis los procesos de regularización extraordinaria que se han desarrollado (González,

2013). Si bien, lo realmente paradójico no es tanto el planteamiento de procesos de regularización extraordinaria colectivos, puntuales para resolver coyunturalmente un problema de inmigración irregular en un momento concreto, sino la previsión de lo que podría denominarse como fórmulas “extraordinarias” de acceso al mercado nacional de trabajo dispuestas en la propia normativa de extranjería, como son las situaciones de arraigo.

Así pues, junto a las formas “ordinarias” de acceso al mercado nacional de trabajo: solicitud individual de autorización de residencia y trabajo y gestión colectiva de contrataciones en origen, puede hablarse de una tercera vía “extraordinaria”: las situaciones de arraigo. Es más, en una situación de profunda crisis de empleo, esta tercera fórmula que habría de ser excepcional, ha pasado a ser una de las pocas alternativas, puesto que las “ordinarias” están condicionadas a la valoración de la situación nacional de empleo.

La crisis económica y su repercusión en el mercado de trabajo no ha llevado aparejada una reforma de la normativa de extranjería que tuviera como objeto atender a la necesidad de “ajustar” las políticas migratorias a la situación económica y de empleo de estos últimos años, y ello puede constatarse tanto con la LO 2/2009, como con el RD 557/2011 (Fernández, 2014). No obstante, la crisis ha influido en aspectos muy puntuales de la política migratoria: ha significado la suspensión de los procesos de gestión colectiva de contrataciones en origen, la reactivación del permiso transitorio en relación a la libre circulación de trabajadores de Rumanía, y la búsqueda de un nuevo modelo de inmigrante a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LE, en adelante). A este respecto, para Triguero, en el vigente contexto de crisis social, económica y de empleo, la respuesta político-jurídica a la inmigración por parte del poder público ha sido en una doble dirección: restrictiva y selectiva. Restrictiva porque se han restringido las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración extranjera y se han mercantilizado a los inmigrantes impulsando su retorno al país de origen, bien mediante la capitalización de la prestación por desempleo, bien por medio de programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales. Y Selectiva, porque se incentiva la entrada de la inmigración para trabajos altamente cualificados (2014).

1.2 Las formas ordinarias de acceso al mercado de trabajo: la solicitud individual de autorización de residencia y trabajo y la gestión colectiva de contrataciones en origen

Hasta 1993, año en el que tuvo lugar el primer proceso de gestión colectiva de contrataciones en origen -el denominado contingente hasta la LO 2/2009-, para los extranjeros la única vía de acceso al mercado nacional de trabajo era la valoración individual de la situación nacional de empleo en orden a determinar la concesión o denegación del entonces denominado permiso de trabajo.

Aunque la solicitud individual de una autorización de residencia y trabajo constituye la fórmula ordinaria por excelencia de acceso al mercado de trabajo, las dificultades que entraña la valoración individual de la situación nacional de empleo y lo inverosímil que parece *a priori* la contratación nominativa en origen de alguien a quien no se conoce, han relegado esta vía a un segundo plano con respecto a la gestión colectiva de contrataciones en origen, de la que es totalmente independiente [SSTS de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 3441, 3288 y 3382) y de 12 de abril de 2004 (RJ 2004, 3361 y 3362)].

Desde la versión primigenia de la LO 4/2000, se ha ido depurando tanto el procedimiento de concesión de la autorización de residencia y trabajo, como la configuración del sistema de valoración de la situación nacional de empleo, hasta alcanzar una técnica mucho más depurada y sencilla fundamentalmente a través del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

La fijación de un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura ha simplificado mucho el proceso de valoración individual de la situación nacional de empleo, que en su día se hacía a través de la verificación de la inexistencia de trabajadores inscritos en el servicio público de empleo, mediante la conclusión negativa de la gestión de la correspondiente oferta de empleo ante la citada entidad gestora, y que en la actualidad convive con el nuevo sistema (art. 65 RD 557/2011, de 20 de abril). La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate, implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un trabajador extranjero, aunque si esa ocupación no se halla en el referido catálogo, el empleador podrá acudir al viejo sistema de la gestión negativa de la correspondiente oferta de empleo ante el servicio público de empleo.

La crisis económica ha supuesto una drástica reducción de las ocupaciones de difícil cobertura. En el primer trimestre de 2008 algunas provincias como Tarragona o Valencia fijaban hasta 160 ocupaciones, la media estaba en unas 40 ocupaciones por provincia, lo que podía suponer la empleabilidad de miles y miles de inmigrantes, ocupaciones que además eran de lo más variadas: limpiadores de coches a mano, limpiadores de ventanas, peluqueros, operadores, instaladores, electricistas, médicos especialistas, empleado de hogar, conductores..., es decir, convivían ocupaciones muy especializadas con otras más comunes. Después, el catálogo ha ido reduciendo el número de ocupaciones y especializándose considerablemente. En el segundo trimestre de 2009, en plena crisis, no se prevén ocupaciones para ninguna de las provincias de Andalucía, y salvo en las provincias de Asturias, Madrid, Murcia y las Islas, en el resto del territorio, se fijan unas 3 ocupaciones, y en todo caso para el desempeño de trabajos muy cualificados, fundamentalmente médicos especialistas. En el cuarto trimestre de 2010, únicamente incluyen ocupaciones de difícil cobertura: Asturias, Ávila, León, Barcelona, Girona, Lleida, Tarragona, Murcia, Guipúzcoa, las Islas, Ceuta y Melilla, y las ocupaciones son básicamente especialidades médicas e ingenieros, a las que han de sumarse las ocupaciones de deportista profesional y entrenador deportivo, aprobadas por Acuerdo con la Secretaría de Estado para el Deporte para todas las provincias e Islas y las aprobadas por Acuerdo de los Agentes Sociales en el sector de la Marina Mercante, para todas las provincias costeras, más Lleida y Madrid. Y ya desde el primer trimestre de 2012, salvo contadas excepciones, se prevén exclusivamente las ocupaciones relacionadas con el mundo del deporte (deportista profesional y entrenadores deportivos) y las dispuestas para el sector de la Marina Mercante [frigoristas navales, jefes de máquinas de buque mercante, maquinistas navales, mecánicos de litoral, mecánicos navales, pilotos de buques mercantes, sobrecargos de buques, oficiales radioelectrónicos de la marina mercante, cocineros de barco, auxiliares de buques de pasaje, camareros de barco, mayordomos de buque, caldereteros (maestranzas), engrasadores de máquinas de barcos, bomberos de buques especializados, contra maestres de cubierta (excepto pesca), marineros de cubierta (excepto pesca) y mozos de cubierta], las únicas vigentes para el segundo trimestre de 2017.

Esta situación dificulta considerablemente el acceso al mercado nacional de trabajo de los extranjeros a través de la solicitud individual de

una autorización de residencia y trabajo, pues de entrada significa que no hay demanda de ocupaciones, aunque se pueda acudir a la certificación negativa por parte de los servicios públicos de empleo.

Por lo que hace a la otra forma de acceso ordinaria: la gestión colectiva de contrataciones en origen, su funcionamiento consiste en una valoración colectiva de la situación nacional de empleo, a través de la cual se concretan las ocupaciones y, en su caso, las cifras previstas de empleos, que durante un periodo determinado (un año) se pueden cubrir con extranjeros que no se hallen ni residan en España. Originariamente, en los años 90, y sin una norma legal o reglamentaria que lo respaldara, el contingente estaba más próximo a un proceso de regularización extraordinaria, que a la forma ordinaria de acceso al mercado de trabajo en la que lo convirtió la LO 4/2000.

Una vez vigente la LO 4/2000, propiamente dichos, únicamente se han establecido, hasta la fecha, nueve procesos de gestión colectiva de contrataciones en origen: los concernientes a los años 2002, 2003, 2004, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. En 2000 y 2001 no se ofertaron por hallarse en curso un proceso de regularización extraordinaria, en 2005 simplemente se aprobó la prórroga del contingente de 2004, formalizándose igualmente un proceso de regularización extraordinaria con motivo de la entrada en vigor del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 (vigente hasta el 30 de junio de 2011), y desde el año 2012, a raíz de la crisis económica, en la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, que viene siendo prorrogada año tras año, hasta 2017, no se han establecido ni ocupaciones ni empleos de carácter estable que puedan ser cubiertos por extranjeros que no se hallen ni residan en España a través de esta fórmula de acceso al mercado nacional de trabajo.

Aunque es en 2012 cuando el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MESS), tras las consultas realizadas a las CC.AA. y una vez recibida la información del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) sobre la situación nacional de empleo, decide no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable y visados para la búsqueda de empleo, -año en el que igualmente, como ya se ha señalado, el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se restringe a mínimos-, ello no significa que la influencia de la crisis económica no se dejara sentir con anterioridad a esa fecha. Si en 2002, en pleno apogeo económico, se

dispuso un importante número de ofertas de trabajo: 32.000 (10.884 estables y 21.195 temporales), que se concentraban en sectores de actividad vinculados con “la burbuja inmobiliaria” para atender a puestos poco cualificados, ya en 2008 los inicios de la crisis comienzan ligeramente a reflejarse en esta forma de acceso al mercado laboral con la reducción de la cifra provisional de puestos de carácter estable, que pasa de 27.034 a 15.731 y en 2011 el número provisional de ofertas de empleo de carácter permanente es mínimo, tan sólo se ofertan 14 puestos que se corresponden con tres especialidades médicas y provienen de una misma C.A.: Castilla y León, hasta que finalmente para el año 2012 la mencionada Orden ESS/1/2012 establece lo que se conoce como “contingente cero”, lo que significa que esta forma ordinaria de acceso al mercado de trabajo ha quedado vedada para puestos de carácter permanente, no en cambio para los trabajos de temporada.

Así pues, las dos vías ordinarias de acceso al mercado nacional de trabajo de carácter estable -no estacional, ni de duración determinada-, tanto la que hace una valoración individual de la situación nacional de empleo, como la que hace una valoración colectiva, prácticamente desde el año 2012 quedan muy limitadas, convirtiéndose las fórmulas extraordinarias como el arraigo en un instrumento “*quasi ordinario*”.

Si se observa la estadística de autorizaciones de trabajo a extranjeros realizada anualmente por el MESS, puede verse como el número de autorizaciones de residencia temporal y trabajo inicial por cuenta ajena han menguado en un 50% desde el año 2008 y en un 84,5% desde 2007. De 114.795 autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en 2006, se ha bajado a 34.508 en 2015, 28.288 entre enero y noviembre de 2016, un número muy similar al de autorizaciones por arraigo y otras circunstancias excepciones, que en 2015 fue de 27.130 y entre enero y noviembre de 2016 de 21.033.

Gráfico 1. Autorizaciones de residencia temporal y trabajo a extranjeros. Cuadro de evolución (2006-2015)¹.

¹ (1) Incluye autorizaciones de residencia temporal y trabajo que permiten realizar tanto una actividad por cuenta ajena como por cuenta propia.

(2) Para una adecuada interpretación de los datos debe tenerse en cuenta la incidencia del periodo transitorio establecido para la aplicación de la libre circulación de trabajadores nacionales de Rumania en España tras la adhesión de aquel país a la Unión Europea, de modo que fue exigible autorización para trabajar en determinados supuestos relativos

| AÑOS | TOTAL (1) | AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO | | | | | | | | | | AUTORIZACIONES POR ARRAGO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES | AUTORIZACIONES PARA TRABAJAR (2) | AUTORIZACIONES LEY 14/2013 (PERMISO ÚNICO) | |
|-------------------------------|--------------|---|---------|------------|-------------------------|--------|---------------|------------|--------|---------|------------|--|---|--|----------|
| | | Cuenta Ajena | | | | | Cuenta propia | | | | | | | Inicial | Renovada |
| | | Total | Inicial | Renovación | Otras autorizaciones | Total | Inicial | Renovación | Total | Inicial | Renovación | | | | |
| | | | | | | | | | | | | | | Total | Inicial |
| 2006 | 857.052 | 826.425 | 114.795 | 705.394 | 6.236 | 9.796 | 662 | 9.134 | 13.461 | 7.370 | - | - | - | | |
| 2007 | 499.211 | 448.133 | 222.435 | 208.550 | 17.148 | 8.111 | 509 | 7.602 | 29.791 | 13.176 | - | - | - | | |
| 2008 | 790.205 | 690.561 | 69.020 | 571.252 | 50.289 | 11.370 | 465 | 10.905 | 65.048 | 23.226 | - | - | - | | |
| 2009 | 373.865 | 285.464 | 26.709 | 255.926 | 2.829 | 6.154 | 496 | 5.658 | 77.745 | 4.502 | - | - | - | | |
| 2010 | 301.418 | 222.806 | 19.295 | 200.943 | 2.568 | 5.296 | 384 | 4.912 | 70.479 | 2.837 | - | - | - | | |
| 2011 | 314.149 | 212.698 | 65.799 | 143.457 | 3.442 | 4.824 | 1.814 | 3.010 | 67.901 | 28.341 | - | - | - | | |
| 2012 | 234.707 | 157.191 | 68.609 | 85.298 | 3.284 | 4.414 | 2.571 | 1.843 | 41.362 | 30.363 | - | - | - | | |
| 2013 | 180.259 | 109.823 | 47.950 | 58.902 | 2.971 | 4.060 | 2.731 | 1.329 | 34.199 | 31.119 | 75 | - | - | | |
| 2014 | 141.315 | 102.846 | 39.452 | 61.620 | 1.774 | 4.460 | 2.874 | 1.586 | 28.073 | 1.763 | 3.192 | 63 | - | | |
| 2015 | 120.890 | 80.404 | 34.508 | 44.240 | 1.656 | 4.773 | 3.047 | 1.726 | 27.130 | 1.672 | 5.335 | 566 | - | | |
| 2015 (Enero–Noviembre) | 111.434 | 74.506 | 31.658 | 41.277 | 1.571 | 4.404 | 2.808 | 1.596 | 24.750 | 1.563 | 4.766 | 477 | - | | |
| 2016 (*) (Enero–Noviembre) | 98.484 | 62.674 | 28.288 | 33.353 | 1.033 | 3.619 | 2.174 | 1.445 | 21.033 | 1.616 | 6.944 | 2.023 | - | | |

1.3 Formas extraordinarias de acceso al mercado de trabajo

Aunque en sentido estricto no es una forma de acceso al mercado nacional de trabajo, la regularización de extranjeros, siempre que lleve aparejada una autorización de residencia y trabajo, no deja de ser otra fórmula, aunque excepcional, de acceso al mercado laboral español. Si bien es cierto que la inmigración irregular es el resultado de la coexistencia de diversos factores (Aragón *et* Chozas, 1993: 11-12), es obvio que las regularizaciones no son más que el reflejo del fracaso de la política migratoria basada en la regularización en origen tal y como es planteada por la Ley de extranjería (Aja, 2000: 25 y 32). La necesidad de acudir a la regularización pone de manifiesto uno de los principales fallos del sistema calificado como “ordinario”:

Como ya se señaló, en España se han producido diversos procesos de regularización extraordinaria, normalmente asociados a la entrada en vigor de una reforma normativa de gran calado. Dichos procesos pueden ser calificados de regularización colectiva, en contraposición con el arraigo que viene a ser una forma de regularización extraordinaria individual.

Mientras que la regularización colectiva es una medida transitoria y excepcional, que por su propia naturaleza no se haya regulada en la LO 4/2000, el arraigo sí está regulado en la Ley y su desarrollo reglamentario, siendo curioso que la propia normativa prevea la excepcionalidad al principio de regularización en origen, lo que no deja de ser un síntoma inequívoco del propio reconocimiento del fallo del sistema.

La regularización individual, conocida como regularización “permanente u ordinaria” (Fernández, 2006), ha ido evolucionando desde su origen en el art. 29.3 de la versión originaria de la LO 4/2000, finalmente derogada por la LO 14/2003, hasta el vigente arraigo, restringiéndose cada vez más su posible aplicación.

En la actualidad, el art. 124 del RD 557/2011 dispone tres modalidades de autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo: laboral,

a los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad rumana durante los años 2007 y 2008, así como desde julio de 2011 a diciembre 2013 como consecuencia de la reactivación del periodo transitorio.

(*) Datos provisionales.

Fuente: MESS. Estadística de autorizaciones de trabajo a extranjeros. PTE-E2. Autorizaciones de trabajo concedidas, según clase de autorización. Diciembre 2016.

social y familiar, y el art. 129 señala que la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo, al igual que la autorización de residencia temporal por razones de protección internacional, “llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla, con excepción de la que se conceda a los menores de edad laboral, o en casos de exención del requisito de contar con contrato por contar con medios económicos que no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia”. En los demás supuestos de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el extranjero podrá solicitar también una autorización de trabajo cuya concesión estará exenta de la valoración de la situación nacional de empleo.

Por arraigo laboral podrán regularizar su situación quienes acrediten una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. El problema radica en que el propio RD 557/2011 prescribe que, para acreditar la relación laboral y su duración, “el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite”. Curiosamente no se requiere un contrato de trabajo para iniciar una relación laboral, sino la acreditación de su existencia, pero a través de unos medios de prueba que o bien se han logrado denunciando al empresario en un juzgado o ante la inspección de trabajo, por lo que cierto sector doctrinal ha creído ver más bien una medida disuasoria a la contratación de extranjeros irregulares (Márquez, 2005).

Por arraigo social podrán regularizar su situación quienes acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, siempre que: carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años; cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año; y acrediten tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes, o bien, presente un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la C.A. en

cuyo territorio tengan su domicilio habitual. El Reglamento especifica los aspectos relativos al contrato de trabajo, a los vínculos familiares y al informe de arraigo.

Por arraigo familiar podrán regularizar su situación los progenitores de un menor de nacionalidad española, siempre que tengan a cargo al menor y convivan con éste o estén al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo, y los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Dado que el arraigo laboral requiere acreditar la relación laboral mediante una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección que la acredite, y el arraigo familiar queda restringido a padres e hijos de españoles, el arraigo social, para el que únicamente se precisa una estancia de un año más que el arraigo laboral, es más factible al no precisar la denuncia al empleador, pese a la necesidad de un contrato de trabajo y del informe de arraigo, siendo éste el que se ha convertido en la fórmula extraordinaria de acceso al mercado laboral español por excelencia, al llevar aparejada la autorización de trabajo. De hecho, el propio Reglamento prevé la forma de “limitar” este acceso al mercado de trabajo, si fuere preciso, al disponer en el art. 124.4 RD 557/2011, que “Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social”.

Es obvio que el arraigo no es la vía más adecuada de acceso al mercado laboral, pues favorece la irregularidad y recompensa el hecho de “aguantar” dicha situación con el fin de obtener la ansiada regularización (Marín et Gallego, 2005), pero si las vías ordinarias son poco accesibles, ¿qué alternativa cabe?. A este respecto debe constatarse, que aunque el número de autorizaciones por arraigo y otras circunstancias excepcionales ha ido disminuyendo, como lo han hecho el resto de autorizaciones, desde que se cerró el cupo de extranjeros por la vía de la gestión colectiva de contrataciones en origen y se limitaron las ocupaciones de difícil cobertura, lo llamativo es el hecho de que el número de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta

ajena empiece a aproximarse al número de autorizaciones por arraigo y otras circunstancias excepcionales, lo que podría llegar a significar que una vez “cerradas” las formas de acceso ordinario, la excepcionalidad se convierte en algo así como la “ordinariedad singular” en palabras de Triguero (2014).

Pero el problema de la regularización a través del arraigo es que ésta, como circunstancia excepcional, está limitada a un año, y una vez transcurrido el año, habrá que solicitar una autorización inicial de residencia y trabajo o la renovación de la misma si se concedió en su momento para realizar una actividad laboral, lo que en tiempos de crisis es bastante difícil, pues la renovación queda condicionada a la acreditación y/o realización de una actividad laboral o la percepción de una prestación. En consecuencia, son muchos los trabajadores inmigrantes que encontrándose ya integrados debido principalmente a su participación en el mercado de trabajo, con la llegada de la crisis están quedando desprotegidos económicamente ante la pérdida del empleo, recayendo en una situación de irregularidad jurídica ante las dificultades para renovar sus correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo (Vela, 2013).

2. El régimen privilegiado de la Ley de Emprendedores y la creación de un nuevo tipo de inmigración

2.1 Aspectos Introductorios

En el actual contexto socio-económico y laboral, una de las escasas alternativas para la creación de empleo es el autoempleo. Surge así la idea del “emprendimiento” como una versión renovada del trabajo autónomo, con una especie de *plus*: la contribución con su idea a una nueva fórmula de negocio. Un término procedente del ámbito de la economía, con el que se pretende hacer hincapié en el riesgo que acompaña a quien asume la puesta en marcha de un negocio (López, 2015: 26), pero que para el legislador, en puridad, equivale sin más al empresario o empleador del Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social, sin aportar algo específico (Sempere *et* Fernández, 2013).

El inmigrante como trabajador autónomo ha carecido de interés para el legislador, cuya cifra siempre ha sido sensiblemente inferior a

la de trabajadores por cuenta ajena, y que curiosamente, como puede apreciarse en el gráfico 1, aunque al principio de la crisis económica el número de autorizaciones iniciales para trabajo por cuenta propia descendió, desde el año 2011 ha aumentado considerablemente.

La aprobación de la LE supone un nuevo enfoque de la política de inmigración como un elemento de competitividad. Nace así el concepto de entrada y permanencia de extranjeros en España por razones de interés económico y la facilitación de la entrada y permanencia de extranjeros por razones de interés económico, distinguiéndose claramente entre la limitación y restricción de lo que podría denominarse como régimen general, previsto en la LOE, fundamentalmente para trabajadores por cuenta ajena, pero donde también se encuentra regulada la residencia temporal y trabajo por cuenta propia, y el régimen privilegiado dispuesto en la LE.

Así pues, el Título V de la LE, bajo la rúbrica “Internacionalización de la economía española” dedica su sección 1ª al “Fomento de la internacionalización”, reforzando el marco institucional de fomento a la internacionalización, así como algunos de los principales instrumentos financieros de apoyo a la misma, y su sección 2ª a la “Movilidad internacional”, regulando determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España, distinguiendo entre inversores, emprendedores, trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales y profesionales altamente cualificados e investigadores.

Lo realmente sorprendente a la par que cuestionable de la LE, es que parece estar al margen de la Ley y el Reglamento de Extranjería, estableciendo un nuevo tipo de autorizaciones de residencia y trabajo para los emprendedores, a diferencia de los trabajadores autónomos y que parece desconocer que la normativa de Extranjería regula ya un régimen privilegiado para profesionales altamente cualificados, investigadores y prestaciones transnacionales de servicios. Es por ello que cuando regula los requisitos generales de estancia o de residencia de extranjeros extracomunitarios por razones de interés económico alude al Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) y al Reglamento (CE) 810/2009,

de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), pero en ningún caso a la LOE y al RD 557/2011, señalando en el art. 62.5 que “lo dispuesto en la presente Ley se entenderá sin perjuicio del cumplimiento, por los sujetos obligados, de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y las obligaciones tributarias o de Seguridad Social correspondientes”, pero curiosamente no hace referencia alguna a la LOE, es más, dispone una especie “*sui generis*” de reagrupación familiar del “cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo, que se reúnan o acompañen” a estos extranjeros, obviando el art. 18 LOE sobre los requisitos para la reagrupación familiar, según el cual, el extranjero podrá ejercer el derecho a reagrupación familiar cuando haya obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, equiparando, como por otro lado parece lógico, la situación de estos familiares a la de los familiares de trabajadores altamente cualificados titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores, para los que el art. 18 LOE dispone un tratamiento especial, pero sin ninguna referencia ni a la LOE ni a su desarrollo reglamentario.

La disposición adicional quinta excluye de la valoración de la situación nacional de empleo las autorizaciones que se concedan en el marco de la LE y ampliando aún más las posibilidades de acceso de extranjeros cualificados, se abre la posibilidad de que por Orden Ministerial del Ministerio de la Presidencia a iniciativa conjunta de los MESS y de Economía y Competitividad, se exima de la toma en consideración de la situación nacional de empleo para la contratación de extranjeros en sectores considerados estratégicos, con la posible fijación de un cupo anual de contrataciones. Es más, la Disposición final undécima prevé una evaluación anual de las medidas de “facilitación de entrada y permanencia por motivos económicos” y la posibilidad “*ad futurum*” de que el Consejo de Ministros, de acuerdo con dicha evaluación apruebe instrucciones por las que se establezca el procedimiento de entrada y permanencia por motivos económicos de interés nacional en supuestos no previstos específicamente en la LE.

No obstante, el grueso de esta regulación especial se encuentra en cada una de las concretas modalidades de entrada y permanencia privilegiada: inversor, emprendedor, personal altamente cualificado, realización de actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación y traslado intraempresarial de trabajadores.

Sin lugar a dudas, el planteamiento de la LE sobre la necesidad de flexibilizar la entrada de personal extranjero altamente cualificado para sectores estratégicos es contradictorio con la realidad socio-laboral que se está viviendo en los últimos años, marcada por el exceso de mano de obra en el mercado nacional -incluyendo la cualificada-, la ausencia de recursos para desarrollar la investigación y en consecuencia la fuga del talento nacional tras invertir en su formación académica.

2.2 Extranjeros inversores

Podrán acogerse a las facilidades de residencia y estancia como inversores, los extranjeros que acrediten una inversión significativa de capital en España que suponga: “a) Una inversión inicial por un valor igual o superior a: 1.º Dos millones de euros en títulos de deuda pública española, o 2.º Un millón de euros en acciones o participaciones sociales de sociedades de capital españolas con una actividad real de negocio, o 3.º Un millón de euros en fondos de inversión, fondos de inversión de carácter cerrado o fondos de capital riesgo constituidos en España, incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, o 4.º Un millón de euros en depósitos bancarios en entidades financieras españolas. b) La adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros por cada solicitante” (art. 63.2 LE). Tales inversiones habrán de ser acreditadas conforme detalla el art. 64 LE.

Frente a la necesidad de estar provistos de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, los inversores que acrediten una inversión significativa de capital en España de acuerdo con los arts. 63.2 y 64 LE, dispondrán de un visado de residencia para inversores o una autorización de residencia para inversores, dependiendo de que

el periodo de residencia sea o no superior a un año. Recuérdese que cualquier trabajador extracomunitario que quiera establecerse como autónomo para ejercer su actividad en España, ha de estar provisto de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia que tendrá una duración de un año y se limitará a un ámbito geográfico autonómico y a un sector de actividad (art. 37 LOE y art. 104 RD 557/2011) y de un visado que solicitará en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia (art. 108 RD 557/2011 en relación con el art. 25 bis.2.d) LOE). Dicho visado tendrá una vigencia de tres meses y habilitará para la entrada y la permanencia en situación de estancia en España, de manera tal, que en el plazo de los tres meses posteriores a su entrada en España, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación, y esa alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el mencionado plazo, será la que dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia (art. 108 RD 557/2011). Sin embargo, la LE regula un visado de residencia para inversores que constituirá título suficiente para residir en España durante, al menos, un año (art. 65 LE) sin necesidad de tramitar tarjeta de identidad de extranjero (art. 75.4 LE), que se resolverá y notificará en el plazo de 10 días hábiles (art. 75.5 LE), y una autorización de residencia para inversores que tendrá validez en todo el territorio nacional (art. 66 LE) con una duración inicial de dos años, renovables por periodos sucesivos de cinco años (art. 67 LE), que habrá de resolverse en un plazo máximo de veinte días desde la presentación de la solicitud o se entenderá estimada por silencio administrativo (art. 76 LE).

2.3 Extranjeros emprendedores

Los extranjeros “emprendedores” también se verán beneficiados de un trato singular con respecto a los extranjeros autónomos que no puedan ser calificados como tales. La LE prevé un visado para entrar y permanecer en España por un periodo de un año con el fin único o principal de llevar a cabo los trámites previos para poder desarrollar

una actividad emprendedora, y la posibilidad de que los titulares de este visado puedan acceder a la situación de residencia para emprendedores sin necesidad de solicitar visado y sin que se requiera un periodo previo mínimo de permanencia, cuando se justifique que se ha producido previamente el inicio efectivo de la actividad empresarial para la que se solicitó el visado (art. 68 LE). Además, “aquellos extranjeros que soliciten entrar en España o que siendo titulares de una autorización de estancia o residencia o visado pretendan iniciar, desarrollar o dirigir una actividad económica como emprendedor, podrán ser provistos de una autorización de residencia para actividad empresarial, que tendrá validez en todo el territorio nacional” (art. 69 LE).

Se entenderá como actividad emprendedora aquella que sea de carácter innovador con especial interés económico para España y a tal efecto cuente con un informe favorable emitido por la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica o por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversores. En el caso de extranjeros que se hallen legalmente en España, la solicitud se dirigirá a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos que de oficio solicitará informe sobre la actividad emprendedora y empresarial a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones. “Para la valoración se tendrá en cuenta especialmente y con carácter prioritario la creación de puestos de trabajo en España. Asimismo, se tendrá en cuenta: a) El perfil profesional del solicitante, su formación y experiencia profesional así como su implicación en el proyecto. En caso de que existan varios socios, se evaluará la participación de cada uno de ellos, tanto de los que solicitan un visado o autorización como de los que no requieran el mismo. b) El plan de negocio con mención, al menos de los siguientes elementos: 1.º Descripción del proyecto: actividad empresarial a desarrollar, fecha de inicio, localización, forma jurídica prevista de la empresa, impacto económico potencial que supone la inversión, descripción del número de puestos de trabajo que se estima que puedan crearse y sus funciones y cualificación, actividades previstas de promoción y estrategia de venta. 2.º Descripción del producto o servicio: la descripción será detallada e incluirá los aspectos innovadores. 3.º Análisis de mercado: valoración del mercado y evolución esperada, descripción de los posibles competidores, valoración de los consumidores potenciales y análisis de oferta y demanda. 4.º Financiación: inversión requerida, fuentes de

financiación y plan financiero. C) El valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión” (art. 70 LE).

2.4 Trabajadores extranjeros altamente cualificados

La LE también dispone un régimen privilegiado para los trabajadores altamente cualificados y para los investigadores. La LO 2/2009, con la incorporación a la LOE del art. 38 ter transpuso la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio 2009), con la creación de un régimen dotado de una serie de prerrogativas para los profesionales altamente cualificados que son definidos como quienes “acrediten cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente” (art. 38 ter 1 LOE). A este respecto, el art. 85.2 RD 557/2011 señala que “se entenderá por cualificación de enseñanza superior aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesario para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada”. Estos profesionales obtendrán una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la Unión Europea, delimitada por la Directiva 2009/50/CE como aquella que da derecho a su titular a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro con arreglo a dicha Directiva. La autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados habilita a los extranjeros que residen fuera de España y han obtenido el correspondiente visado de residencia y trabajo a iniciar, una vez se produzca la eficacia de la autorización, la relación laboral para la que han sido autorizados (art. 86.1 RD 557/2011). La autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados tiene una duración de un año (art. 86.2 RD 557/2011) y puede ser renovada por períodos bianuales (art. 93.2 RD 557/2011). Además, el RD 557/2011 prevé en su Título IX un “Procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o

cuyo objeto sea la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural”, al que podrán acogerse “los empleadores, establecidos en España, que requieran la incorporación en territorio español de trabajadores extranjeros no comunitarios, para el desarrollo de una relación laboral incluida en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Personal directivo o altamente cualificado, cuando la empresa reúna alguna de las siguientes características: 1.º Promedio de plantilla durante los tres meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud superior a 500 trabajadores en España, en alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. 2.º Volumen de cifra neta anual de negocios superior, en España, a 200 millones de euros; o volumen de fondo propios o patrimonio neto superior, en España, a 100 millones de euros. 3.º Inversión bruta media anual, procedente del exterior, no inferior a 1 millón de euros en los tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. 4.º Pertenencia, en el caso de pequeñas y medianas empresas establecidas en España, a uno de los siguientes sectores estratégicos: tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarmacia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial. A propuesta del Departamento ministerial u órgano autonómico competente por razón de la materia, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración podrá autorizar la aplicación de este supuesto a otros sectores considerados estratégicos.
- b) Los técnicos y científicos extranjeros altamente cualificados, contratados por el Estado, las Comunidades Autónomas, Entes locales, u organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.
- c) Los profesores extranjeros contratados por una universidad española.
- d) Técnicos o científicos, altamente cualificados, para la realización de trabajos de investigación o la incorporación a actividades de desarrollo en universidades y centros de I+D de reconocido prestigio, o en unidades de investigación y desarrollo de entidades empresariales establecidas en España.
- e) Artistas o grupos de artistas de reconocido prestigio internacional o artistas que participen en un proyecto artístico de carácter internacional que suponga una relevante contribución cultural o social, así como el personal necesario para llevar a cabo su

actuación, que vengan a España a realizar actuaciones de interés cultural. f) Personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial que suponga, alternativamente y siempre que la condición alegada en base a este supuesto sea considerada y acreditada como de interés público: 1.º Un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo directos por parte de la empresa que solicita la contratación. 2.º Un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo en el sector de actividad o ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral. 3.º Una inversión extraordinaria con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral. 4.º Una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica”.

Llama por tanto la atención por un lado la duplicidad en la regulación de una misma figura y por otro el desajuste entre el art. 71 LE y el art. 178.2.a) y f) RD 557/2011. Con un tenor literal prácticamente idéntico, los requisitos en cuanto al personal directivo o altamente cualificado que vaya a desarrollar su actividad en una empresa se flexibilizan en la LE -para darle mayor aplicabilidad-, y en vez de exigir un promedio de plantilla superior a 500 trabajadores, se refiere a 250 trabajadores, se reduce de 200 millones de euros a 50 el volumen de cifra neta anual de negocios en España que ha de tener la empresa solicitante de la autorización, y el de fondos propios o patrimonio neto superior en España de 100 millones de euros previstos en el RD 557/2011 a 43 en la LE, y se incorpora una nueva característica: que se trate de “empresas con un valor del stock inversor o posición según los últimos datos del Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Competitividad superiores a 3 millones de euros”. En cuanto al personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial, la LE añade dos posibilidades más, cuando suponga: “mantenimiento del empleo” o “la concurrencia de razones de interés para la política comercial y de inversión de España”. Asimismo, el art. 71 LE incluye como profesional altamente cualificado a “Graduados, postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio” y no alude a los colectivos referidos en los apartados b), c) y d) del art. 178.2 RD 557/2011, que podrían encajar más bien en el art. 72 LE, ni a los “artistas o grupos de artistas de reconocido prestigio internacional o artistas que participen en un proyecto artístico de carácter internacional

que suponga una relevante contribución cultural o social, así como el personal necesario para llevar a cabo su actuación, que vengan a España a realizar actuaciones de interés cultural”.

A diferencia de los capítulos dedicados a inversores y emprendedores, en el capítulo IV de la sección 2 del Título V de la LE no se mencionan las características especiales del visado o la autorización de residencia y trabajo para personal altamente cualificado, que como se ha indicado, en la normativa de extranjería cuenta con un régimen privilegiado conforme a la Directiva 2009/50/CE. Es por ello que la duda surge sobre si con esta alusión en la LE se pretende establecer taxativamente quiénes han de entenderse por personal altamente cualificado, siendo de aplicación el régimen previsto en la normativa de extranjería, o si simplemente se quería dar una visión integral de los extranjeros a los que se les aplica un régimen privilegiado por razones de interés económico y han sido mal transcritos los sujetos a los que se les aplica dicho régimen, o incluso si se les quería dotar de un régimen más privilegiado como el dispuesto para inversores y emprendedores. Lo único cierto es que a la hora de valorar la prevalencia de una regulación sobre otra, hay que tener presente que la LE es posterior a la LO 2/2009, que el art. 38 LOE no tiene carácter orgánico (Disposición final cuarta LOE) y que la LE podría considerarse específica respecto a la de extranjería.

2.5 Formación, investigación, desarrollo e innovación

También con la LO 2/2009 se transpuso al ordenamiento español la Directiva 2005/71/CE, de 12 octubre 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 noviembre 2005), a través de un nuevo art. 38 bis con la rúbrica Régimen especial de los investigadores. Con el fin de reforzar y estructurar la política europea de investigación, el Consejo Europeo de Lisboa aprobó un Espacio Europeo de Investigación, y la Comunidad Europea se fijó como objetivo convertirse en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo. En este contexto, la Directiva 2005/71/CE tiene por objeto contribuir a la realización de tales objetivos: Favoreciendo la admisión y la movilidad de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica para períodos superiores a tres meses; y fomentando la movilidad dentro

de la Unión Europea de los investigadores que son ciudadanos de la misma, y en particular de los investigadores de los Estados miembros que ingresaron en 2004, a efectos de efectuar investigación científica.

Así pues, el artículo 38 bis LOE en cumplimiento de la Directiva 2005/71/CE comienza por definir como investigador al “extranjero cuya permanencia en España tenga como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación”. Términos prácticamente idénticos a los del art. 73.1 RD 557/2011, que en su párrafo 2 señala que “se entenderá por organismo de investigación cualquier persona física o jurídica, pública o privada, con establecimiento principal o secundario radicado en España, que realice actividades de investigación y desarrollo tecnológico y haya sido autorizada para suscribir convenios de acogida” (art. 73.2 RD 557/2011).

La situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo para la investigación, que habilita a los extranjeros que residen fuera de España y que han obtenido el correspondiente visado de investigación, a realizar un proyecto de investigación dentro del marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación que haya sido autorizado a dichos efectos (art. 74.1 RD 557/2011). La duración de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo para investigación será siempre superior a tres meses y, como máximo, de cinco años. Su vigencia será coincidente con la duración del proyecto de investigación en relación con el cual se conceda y se limitará al ejercicio de la actividad investigadora para la que fue concedida (art. 74.2 RD 557/2011). La autorización podrá renovarse a su expiración por períodos anuales (art. 38 bis 4 LOE y art. 82.1 RD 557/2011).

El art. 72 LE, por su parte, señala que “los extranjeros que pretendan entrar en España, o que siendo titulares de una autorización de estancia y residencia, deseen realizar actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas, deberán estar provistos del correspondiente visado o de una autorización de residencia para formación o investigación que tendrá validez en todo el territorio nacional, en los siguientes casos: a) El personal investigador al que se refieren el artículo 13 y la disposición adicional primera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. b)

El personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España. c) Los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. d) Los profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España, de acuerdo con los criterios que se establezcan reglamentariamente”.

Así pues, igual que con los trabajadores altamente cualificados, con el personal investigador se encuentran ciertas diferencias entre la normativa de extranjería y la LE a la hora de concretar los sujetos que han de considerarse incluidos en el régimen de investigadores, siendo aplicables las reflexiones realizadas con respecto al personal altamente cualificado.

2.6 Traslado intraempresarial de trabajadores extranjeros

El art. 73 LE define el traslado intraempresarial como el de “aquellos extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas establecida en España o en otro país”. Tales extranjeros “deberán estar provistos del correspondiente visado de acuerdo con la duración del traslado y de una autorización de residencia por traslado intraempresarial, que tendrá validez en todo el territorio nacional”. Para ello, deberán acreditar, junto a los requisitos generales del art. 60 LE: “a) La existencia de una actividad empresarial real y, en su caso, la del grupo empresarial. b) Titulación superior o equivalente o, en su caso, experiencia mínima profesional de 3 años. c) La existencia de una relación laboral o profesional, previa y continuada, de 3 meses con una o varias de las empresas del grupo. d) Documentación de la empresa que acredite el traslado”. Los traslados intraempresariales podrán realizarse individualmente, o colectivamente, de manera tal que “las empresas o grupos de empresas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 71.1.a) podrán solicitar la tramitación colectiva de autorizaciones que estará basada en la gestión planificada de un cupo temporal de autorizaciones presentadas por la empresa o grupo de empresas” (art. 74.1 LE).

Una vez más, con este Capítulo de la Sección 2ª del Título V de la LE parece estar regulándose un supuesto ya previsto por la normativa de extranjería, ¿es el traslado intraempresarial lo mismo que la prestación transnacional de servicios?, ¿se trata de una modalidad específica de prestación transnacional por razones de interés económico?, ¿o no tiene nada que ver con la prestación transnacional de servicios?. Recuérdese que la autorización para trabajar en el marco de las prestaciones transnacionales de servicios habilita para trabajar al extranjero que dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, y se concede en los siguientes casos (art. 110 RD 557/2011 en relación con el art. 43 LOE): Cuando el desplazamiento se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera, en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; cuando se trate de desplazamiento temporal desde centros de trabajo de empresas establecidas fuera de España, a un centro de trabajo en España de la propia empresa o del grupo de que forma parte; cuando se trate del desplazamiento temporal de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior. Quedan expresamente excluidos de este tipo de autorizaciones los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a un desplazamiento temporal desde centros de trabajo de empresas establecidas fuera de España, a un centro de trabajo en España de la propia empresa o del grupo de que forma parte, así como el personal navegante respecto de las empresas de la marina mercante (art. 110.2 RD 557/2011). Por otro lado, el art. 116 RD 557/2011 regula una modalidad de autorización para trabajos de temporada o campaña en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Esta autorización de residencia y trabajo se limitará a una ocupación y ámbito territorial concretos. Su duración coincidirá con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año (art. 110.2 RD 557/2011).

Como puede observarse la LE no reproduce ni la LOE ni el Capítulo VIII del Título IV del RD 557/2011, siendo difícil dar una respuesta a las preguntas anteriormente formuladas: ¿es el traslado intraempresarial lo mismo que la prestación transnacional de servicios?, ¿se trata de una modalidad específica de prestación transnacional por razones de interés económico?, ¿o no tiene nada que ver con la prestación transnacional de servicios?

3. Conclusiones

Una vez cerrado el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y las ofertas de puestos de trabajo a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, los trabajadores extracomunitarios difícilmente pueden acceder al mercado nacional de trabajo a través de las vías ordinarias de acceso, convirtiéndose las extraordinarias en la única solución posible, lo que ha significado claramente que la excepcionalidad se convierta en la regla general.

Con la LE se marca una indudable distinción entre inmigrantes pobres para trabajos poco cualificados e inmigrantes con cierto poder adquisitivo y/o cualificación profesional, un colectivo que ha empezado a crecer, pues ya en 2014 el número de autorizaciones tramitadas por la LE fue superior al de autorizaciones iniciales por cuenta propia.

4. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 63, 2006.
- AJA E. (Coord.): *La nueva regulación de la inmigración*, Tirant lo blanch, 2000.
- ARAGÓN BOMBÍM, R. y CHOZAS PEDRERO, J.: *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Los efectos de la crisis económica en la regulación del régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en

- España” en Faustino Cavas Martínez (dir.), José Luján Alcaraz (dir.): *Crisis económica, reformas laborales y protección social: homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno*, Editum, 2014.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La movilidad internacional en la Ley de Emprendedores”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, 2006.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.: “Los procesos de regularización extraordinaria” en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (Dir.) VV.AA.: *Aspectos claves de la regularización de extranjeros*, Laborum, 2013.
- IGARTÚA MIRÓ, M^a T., “El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Precisando conceptos: autónomo, empresario y emprendedor” en VV.AA.: *Fomento del trabajo autónomo y la economía social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, FARIAS BATLLE, M. y FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.), Aranzadi, 2015.
- MARÍN MARÍN, J. y GALLEGO MOYA F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, 2005.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral (A propósito del art. 45.2.a) del Reglamento de Extranjería”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2005.
- PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: “La regularización de extranjeros” en MOYA ESCUDERO, M. (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2001.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Emprendedores y reformas laborales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2013.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Balance y perspectiva de las migraciones económico-laborales en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico-políticas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, num.33, 2013.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “El arraigo y los modelos actuales jurídico-políticos de inmigración y extranjería”, *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 36, 2014.

VELA DÍAZ, R.: “El futuro de la inmigración laboral ante los Presupuestos Generales del Estado para 2013: ¿dónde ha quedado la integración de las personas extranjeras?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 32, 2013.

ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO, EN EL ÁMBITO MIGRATORIO DE LA UE*

DR. FRANCISCO FERNÁNDEZ ORRICO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández

INTRODUCCIÓN

1. Reformas en materia de envejecimiento activo, de edad ordinaria de jubilación y de natalidad
2. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo en los diferentes estados de la UE
3. Aproximación al funcionamiento de la pensión de jubilación de los trabajadores migrantes en la UE

INTRODUCCIÓN

Como es sabido nos encontramos en unos momentos especialmente delicados en lo que a los sistemas de pensiones se refiere en los diferentes

* La presente Ponencia se enmarca en el Proyecto de investigación titulado «Vías de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el envejecimiento activo», por el que se resuelve favorablemente la solicitud de estancia del autor en la *Faculdade de Direito de la Universidade Nova de Lisboa*, cuya referencia es PRX16/00335, según Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades.

Estados de la UE y en otros países del mundo. Los problemas fundamentales tienen que ver, sobre todo, con la sostenibilidad financiera, es decir con la viabilidad de su mantenimiento y con la suficiencia de los ingresos, de manera que sean adecuados según las circunstancias de quienes acceden a la condición de pensionistas de jubilación.

Ciertamente, en los casos de personas que no están acogidas a las normas sobre migraciones en la UE porque no ha habido desplazamientos de un Estado a otro, en los que no ha existido circulación de personas ni de trabajadores, las reglas del juego se circunscriben a las establecidas en sus respectivos Estados de origen. Y en tales normas se incluyen las reformas de los sistemas de pensiones que solo afectan a quienes no les son aplicables la reglas de coordinación de aquellos. En cambio, podría suponer inconvenientes para aquellas personas que se desplazan frecuentemente por el territorio de la UE, porque trabajan o residen en diferentes Estados. En estos casos, cuando los trabajadores se van acercando a la edad de jubilación se les presenta una carta de posibilidades a medida que transcurre el tiempo. De manera que para los trabajadores migrantes, la aplicación de la normativa en materia de jubilación va a variar de un Estado a otro, y por eso es necesario conocer cuáles deben ser las normas que se les deben aplicar en cada supuesto concreto.

Si bien, hay que reconocer que en la mayoría de los casos, los trabajadores y las personas migrantes no van a tener demasiadas opciones para elegir el mecanismo de protección social, pues ello dependerá de sus circunstancias personales, y se les aplicará la normativa de la UE sobre seguridad social, en particular, los Reglamentos (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social¹ desarrollado por el Reglamento (CE) 987/2009, de 16 de septiembre, sin embargo, en algunos supuestos en los que exista una mayor flexibilidad laboral se podría planificar el disfrute de la pensión de jubilación. Eso será posible cuando el trabajador tenga cierta capacidad de elegir su lugar de trabajo, en particular, si desarrolla una actividad por cuenta propia.

¹ Debe tenerse en cuenta que el Reglamento (CE) 883/2004 «se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites» [artículo 2 Reglamento (CE) 883/2004].

Conviene recordar que los Reglamentos (CE) son disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico de la UE, que se aplican de forma directa por los Estados miembros, tienen primacía sobre el derecho nacional en función de la competencia (no del principio de jerarquía) y su objetivo es el de hacer efectivos los principios generales fundamentales para garantizar la protección de las personas y de sus familiares que se desplazan de un Estado miembro a otro.

La aplicación de los Reglamentos se ha ampliado de forma progresiva, a partir de 1-5-2010 para coordinar las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea²; a partir de 1-4-2012 para coordinar las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza, y a partir de 1-6-2012 para coordinar las relaciones entre los Estados miembros de la UE y los Estados parte del espacio Económico Europeo (EEE)³. De manera que a efectos de aplicar los Reglamentos (CE), cuando se haga mención a los Estados miembros, se deben entender incluidos los Estados del Espacio Económico Europeo y a Suiza.

Entrando en el asunto central, se pueden plantear otras cuestiones que confluyen con el disfrute de la pensión, como el hecho de que en el Estado de residencia del pensionista se pueda compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo así como las condiciones exigidas para que ello sea posible. En tales casos se plantea si sería posible elegir el Estado más favorable en materia de envejecimiento activo o de compatibilidad con el trabajo, percibiendo al mismo tiempo la pensión de jubilación causada en otro Estado. En fin las combinaciones pueden ser numerosas y deberá estudiarse cada caso particular.

² Desde el 1 de julio de 2008, la UE comprende 28 Estados miembros (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania, Italia, Francia, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia, Suecia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Malta, Chipre, Bulgaria, Rumanía y Croacia). En el Acta de Adhesión del Reino Unido, se excluyó a las Islas del Canal y a la isla de Man de la libre circulación de trabajadores, por lo que no le son de aplicación los Reglamentos comunitarios. Las relaciones de Seguridad Social de los trabajadores que hayan desarrollado su actividad laboral en estas islas y en España se rigen por las normas contenidas en el Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino Unido, que una vez sea efectiva la salida de este Estado de la UE, también será de aplicación al mismo, siendo entonces 27 los Estados miembros de la UE.

³ Los Estados parte del Espacio Económico Europeo son: Islandia, Liechtenstein y Noruega.

Pero además ese trabajador podría ser de nacionalidad de un Estado no perteneciente a la UE, y entonces se plantea si las reglas que en su caso se apliquen en el caso anterior serían de aplicación para aquél trabajador.

El primero de los asuntos que trataré, quizá el aspecto más apremiante es el que se refiere a las reformas que han emprendido los Estados miembros de la UE para recomponerse de la crisis, especialmente del fenómeno del envejecimiento que está provocando una modificación sustancial en la filosofía de la regulación de la pensión de jubilación. Muy relacionado con ello, a continuación, se tratará la cuestión de la compatibilidad jubilación-trabajo como una vertiente de las necesarias políticas sobre envejecimiento, en particular en lo que afecta a los migrantes, que pueden ser a su vez ciudadanos de terceros países de la UE a los que les es de aplicación los Reglamentos de la UE en materia de coordinación de Seguridad Social, si reúnen las condiciones previstas por el Reglamento (CE) 1231/2010, del Consejo, de 24 de noviembre, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CE) 883/2004 y del Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos.

Es la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, cuestión de actualidad en España, porque se han realizado importantes cambios en este sentido, en particular en el ámbito de los trabajadores por cuenta propia, a través de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y de la que por su novedad e interés para el presente estudio se le dedicará un amplio apartado.

Pero lo que más nos interesa es, en qué medida les resultan aplicables las reformas sobre envejecimiento activo así como las que impulsan el retraso en la edad ordinaria de jubilación en los Estados miembros de la UE, y en qué medida pueden compatibilizar su pensión una vez causada con el trabajo efectuado en sus desplazamientos tales Estados. Creo que nos encontramos ante una serie de elementos (envejecimiento activo, retraso edad de jubilación, compatibilidad con el trabajo...) inseparables de la jubilación que son y serán objeto de importantes cambios por las normativas de los Estados, habida cuenta de las dificultades que se van a afrontar en pocos años para hacer viable los sistema de pensiones de Seguridad Social.

1. REFORMAS EN MATERIA DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO, DE EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN, Y DE NATALIDAD

Intentar presentar un estudio completo y acabado sobre las propuestas y reformas que han llevado a cabo los Estados en materia de envejecimiento y sobre alargamiento de la edad ordinaria de jubilación, sería una tarea que excedería con mucho el propósito del presente análisis, que no es otro que el de apuntar las tendencias sobre las que discurren las últimas reformas, traducidas en algunas medidas que se han adoptado y cuya aplicación será progresiva. Y está claro que la pasada crisis ha acelerado una situación que de por sí ya era preocupante, y que tiene que ver con el denominado “vuelco de la pirámide de población”, al haber existido un período reciente muy escaso de nacimientos, y a las cada vez mayores expectativas de alargamiento de la vida⁴, merced a los avances de la medicina y de los usos cada vez más saludables en la alimentación, deporte, etc. A ello le debemos añadir las futuras jubilaciones de los *baby boom* de los años sesenta que podrían provocar, si se mantiene el actual funcionamiento de aplicación del sistema de pensiones, que los trabajadores en activo no ingresen las cotizaciones suficientes para cubrir las pensiones de una gran parte de sujetos protegidos por la Seguridad Social que se jubilen o accedan a otra pensión.

1. Los dos factores esenciales del envejecimiento de la población: la baja tasa de natalidad y la esperanza de vida

De ambas variables (baja tasa de natalidad y envejecimiento de la población), la que mayores problemas creará de cara a la viabilidad del sistema de pensiones, va a ser sin duda el de la baja tasa de natalidad⁵. Esto sí es un problema grave para el futuro de las pensiones. El envejecimiento por el contrario no debería considerarse negativo, si se consigue

⁴ Ya se decía hace más de diez años que la edad media de la población mundial se estaba incrementando a razón de cuatro meses por año (GARCÍA GIL, M. B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 178).

⁵ Conviene recordar a este respecto que la tasa de fertilidad es inferior en España: 1,33 hijos por mujer, frente a 1,67 en la OCDE.

mantener con una aceptable calidad de vida a las personas mayores en la actividad profesional. Eso no quita para que sea un inconveniente el incremento de la edad media de la población activa, que va unido a la mayor esperanza de vida de las personas de edad avanzada, pues se calcula que de aquí a 2060 la esperanza de vida de los hombres en el momento del nacimiento aumentará en 7,9 años con respecto a 2010 y la de las mujeres, en 6,5 años⁶.

Con esa perspectiva resulta fácil presumir que en el futuro no será posible financiar las pensiones con los mismos principios si no se toma alguna medida adicional que permita seguir con el actual sistema denominado de “bienestar”⁷. Una muestra de ello es que actualmente la tasa de dependencia (número de trabajadores por cada pensionista) en España es alarmante: 1,99 frente a 3,9 de la OCDE. Además como señala la Comunicación de la Comisión Europea 2020, «el envejecimiento de la población se acelera y al irse jubilando la generación de la explosión demográfica de los años 60, la población activa de la UE empezará a disminuir a partir de 2013/2014». Por el contrario, «el número de mayores de 60 años aumenta dos veces más rápido de lo que lo hacía antes de 2007, es decir, en unos dos millones al año en vez de en un millón anteriormente. La combinación de una menor población activa y una mayor proporción de jubilados se traducirá en más tensiones en nuestros sistemas de bienestar»⁸. En ese sentido, la Decisión de la UE, de

⁶ Comisión Europea. *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones, adecuadas, seguras y sostenibles*, (Bruselas 16.2.2012 COM (2012) 55 final, pág. 2. A este respecto debe tenerse en cuenta que la esperanza de vida en la UE-28, alcanza en 2015 los 80,6 años de media, 77,9 años para los hombres y 83,3 años para las mujeres: En los últimos 9 años la esperanza de vida de la UE-28 ha aumentado 1,7 años de media, de 78,9 a 80,6 años, 2,1 años para los hombres y de 1,3 años para las mujeres, en: Eurostat (Life expectancy by age and sex; demo_miexpec últimos datos de 2-5-2017) <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

⁷ En ese sentido, señala GOROSPE OVIEDO, J. I.: «La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea», *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 157/2013, BIB\2013\500, pág. 27, que «el actual sistema de reparto vigente en la mayoría de los países de la Unión Europea no es viable debido a la disminución de la natalidad, el aumento de la esperanza de vida y el incremento del número de ancianos provocado por el envejecimiento de la generación del boom demográfico que llegará a la jubilación en los próximos años. La crisis financiera y económica ha agravado e intensificado el problema, incrementando el desempleo, aumentando los gastos y disminuyendo los ingresos por cotizaciones, haciendo más urgente la reforma del sistema de pensiones».

⁸ Comunicación de la Comisión Europea 2020. *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Bruselas 3.3.2010 COM (2010) 2020, pág. 6.

21 de octubre de 2010, señala expresamente que los Estados miembros «deberán promover el envejecimiento activo»⁹.

2. Propuestas que buscan soluciones: envejecimiento activo y retraso en la edad ordinaria de jubilación

Ciertamente se trata de una estrategia inevitable la de tomar medidas que supongan el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad, conocidas como de envejecimiento activo, y de hecho se están tomando. Así por ejemplo, en Italia, la edad de jubilación se establecía mediante dos mecanismos paralelos, el del cumplimiento de la edad de jubilación, y el del cumplimiento de un determinado período mínimo de cotización que permitía el derecho a la pensión con independencia de la edad del trabajador. Este segundo mecanismo se ha modificado en un sentido restrictivo y como consecuencia las oportunidades de anticipar la jubilación se han reducido¹⁰. Por otro lado, en Francia, a principio del siglo XXI, con la Ley Fillon (Ley núm. 2003-775, de 21 de agosto) ya era posible para un trabajador que pretendiera alargar el momento del acceso a su jubilación más allá de los 60 años (con 160 trimestres cotizados) podía obtener un incremento en la futura pensión definitiva, una vez recalculada. En estos casos se devenga un porcentaje complementario de pensión (la denominada *surcote*) de un 3% el primer año suplementario de trabajo más allá de los 60 años, de un 4% los siguientes años, y de un 5% los años siguientes al cumplimiento de los 65 años¹¹.

Todas estas medidas que suponen tanto cortar alas a la jubilación anticipada, como la incorporación del incentivos para alargar la vida activa laboral resultan imprescindibles, lo mismo que algunas variantes de aquellas a las que me referiré en el siguiente apartado (compartir o compatibilizar pensión y trabajo), sobre todo, si se tienen presentes los datos anteriores sobre esperanza de vida y tasas de dependencia.

⁹ Orientación 8 de la Decisión (UE) de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

¹⁰ LOY, G.: «El empleo de los trabajadores maduros. Marco General». *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. VVAA (Director: Jesús R. Mercader Uguina). Lexnova. Valladolid. 2009, pág. 83.

¹¹ QUINTERO LIMA, M. G.: «Discriminación por edad y protección de los seniors (trabajadores maduros) en el Derecho Social francés» en *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. VVAA (Director: Jesús R. Mercader Uguina). Lexnova. Valladolid. 2009, pág. 404.

Existen razones, por tanto, para no solicitar la pensión de jubilación pudiendo pedirla, como el hecho de mantener unas retribuciones más altas que si se jubila o la de ir acumulando mejores condiciones para una futura jubilación. Pero también se consideran otras razones, como la de sentirse útil o la de mantenerse activo¹².

Con respecto a la otra medida para atenuar los efectos que el envejecimiento produce en los trabajadores, todos los Estados están recurriendo a retrasar la edad ordinaria de jubilación. Ciertamente ante la disyuntiva de elevar el importe de las cotizaciones o rebajar la cuantía de las pensiones de jubilación, una vía alternativa pero no exclusiva sería la propuesta de alargar la edad ordinaria de jubilación como prevén prácticamente todos los Estados de la UE, y se puede observar en la tabla confeccionada por Finnish Centre of Pensions, actualizada al año 2017¹³:

EDAD ACTUAL DE JUBILACIÓN EN DIFERENTES ESTADOS

| | Edad actual de jubilación (2017) | Edad de jubilación futura |
|----------------|---|---|
| | Hombres mujeres | Edad de jubilación general o hombres / mujeres |
| Austria (AT) | 65 años y 60 años | 65 años (2033) |
| Bélgica (BE) | 65 años | 67 años (GP 2030) |
| Bulgaria (BG) | 65 años y 62 años | - / 63 años (2020) |
| Croacia (HR) | 65 años / 61 años y 9 meses | 67 años (2038) / 65 años (2030); 67 años (2038) |
| Chipre (CY) | 65 años | 65+ años (2018) |
| Checo (CZ) | 63 años y 2 meses / 58 años y 4 meses - 62 años y 4 meses | 67 años (2041) |
| Dinamarca (DK) | 65 años; 67 años | 67 años (2022); 67+ años (2030) |

¹² En ese sentido, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: «La promoción de la prolongación de la vida activa y el acceso a la jubilación». *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. VVAA (Director: Jesús R. Mercader Uguina). Lexnova. Valladolid. 2009, pág. 291.

¹³ Fuente: <https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.etk.fi%2Fen%2Fthe-pension-system-2%2Fthe-pension-system%2Finternational-comparison%2Fretirement-ages> (fecha 6-6-2017).

| | | |
|--------------------|---|---------------------------------------|
| Estonia (EE) | 63 años y 3 meses | 65 años (2026) |
| Estonia (EE) | 63 años y 3 meses | 65 años (2026) |
| Finlandia (FI) | 63-68 años; 65 años* | 65 años (2027); 65+ años (2030) |
| Francia (FR) | 65 años y 4 meses | 67 años (2023) |
| Alemania (DE) | 65 años y 5 meses | 67 (2031) |
| Gran Bretaña (GBR) | 65 años / 63 años y 7 meses - 64 años y 3 meses | 67+ (2028), 68 (2046) |
| Grecia (EL) | 67 años | 67+ años (2021) |
| Hungría (HU) | 62 años y 6 meses | 65 años (2022) |
| Irlanda (IE) | 66 años | 68 años (2028) |
| Italia (IT) | 66 años y 7 meses / 65 años y 7 meses | 67+ años (2022) |
| Letonia (LV) | 62 años y 9 meses | 65 años (2025) |
| Lituania (LT) | 63 años y 6 meses / 62 años | 65 años (2026) |
| Luxemburgo (LU) | 65 años | - |
| Malta (MT) | 62 años | 65 años (2027) |
| Países Bajos (NL) | 65 años y 9 meses | 67+ años (2022) |
| Polonia (PL) | 65 años y 7 meses / 60 años y 7 meses | 65 años (10/2017) / 60 años (10/2017) |
| Portugal (PT) | 66 años y 3 meses | 66+ años (2016) |
| Rumania (RO) | 65 años / 60 años y 6-8 meses | - / 63 años (2030) |
| Eslovaquia (SK) | 62 años y 2 meses / 59 -62 años y 2 meses | 62+ años (2017) |
| Eslovenia (SI) | 65 años | - |
| España (ES) | 65 años y 5 meses | 67 años (2027) |
| Suecia (SE) | 61-67 años; 65 años * | - |

GP: Propuesta o plan gubernamental de nivel administrativo equivalente

* FI, SE, DK, NO, AU y JP: la edad de jubilación de la pensión relacionada con los ingresos se ha separado de la pensión nacional con un punto y coma.

+ = La edad de jubilación aumenta junto con el aumento de la esperanza de vida.

A la vista de la tabla, se observa que actualmente en los Estados de la UE15, la edad general de jubilación es de 65 años, mientras que en la mayoría de los nuevos Estados miembros, la edad de jubilación se elevará al mismo nivel durante la próxima década. Además, Dinamarca, Francia, Alemania y España han decidido elevar la edad de jubilación de 65 a 67 años, mientras que el objetivo es de 68 años en Gran Bretaña e Irlanda. Para la parte principal, los cambios en las edades de retiro ocurrirán en la década del 2020. En Finlandia, Chipre, Dinamarca, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal y Eslovaquia, la edad de jubilación estará vinculada al desarrollo de la esperanza de vida esperada¹⁴. En Gran Bretaña se elevará la edad de jubilación teniendo en cuenta la esperanza de vida. En la República Checa, la edad de jubilación se aumentará con un incremento indefinido fijo de dos meses al año sin límite superior¹⁵.

No cabe duda por tanto, que una medida ineludible que deben establecer los Estados, si se quiere apuntalar la sostenibilidad de los respectivos sistemas de pensiones, consiste en postergar en mayor o menor grado, según las circunstancias de cada país, la edad prevista para poder acceder a la pensión de jubilación. Sin embargo, debe reconocerse que el aumento de la edad de jubilación no basta, por sí solo para garantizar que las personas sigan participando en el mercado de trabajo, es necesario aplicar un enfoque integral a la cuestión del envejecimiento¹⁶. Se trata de una serie de medidas de acompañamiento que sirvan de apoyo al trabajador que mantiene su actividad, como la de proporcionarle la formación necesaria en caso de que lo necesite por razón de la incorporación de las nuevas tecnologías o por cualquier otra causa; así como cualquier actuación que suponga la adaptación en caso de cambio de su puesto de trabajo.

¹⁴ El hecho de vincular la edad de jubilación a la esperanza de vida significa que la edad de jubilación en Finlandia será un poco más de 67 años en 2050 de acuerdo con las proyecciones actuales. By then, the highest retirement age within the OECD area will be in Denmark: 72 years. Para entonces, la edad de jubilación más alta dentro de la zona de la OCDE será en Dinamarca: 72 años. En el mismo sentido, CAMOS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTAZAR, C., y SUAREZ CORUJO, B.: *Las reformas de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*. Ediciones Laborum, Murcia, 2017, págs. 38 y 39.

¹⁵ En ese sentido puede consultarse: <https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.etk.fi%2Fen%2Fthe-pension-system-2%2Fthe-pension-system%2Finternational-comparison%2Fretirement-ages> (fecha 6-6-2017).

¹⁶ Informes OCDE. *Panorama de las pensiones 2013. Indicadores de la OCDE y el G20*, cit., pág. 16.

3. Una medida esencial a largo plazo: el fomento de políticas de natalidad

Junto a las necesarias políticas de envejecimiento activo, no he visto, al menos en España que se tomen medidas serias más a largo plazo, como sería la de facilitar que en los próximos años se incremente de forma significativa los nacimientos, a fin de revertir esa pirámide para que se parezca a la configuración de los años sesenta setenta del siglo pasado, con una amplia base de trabajadores y una población pensionista proporcionada al esfuerzo de aquellos.

Por ello, es conveniente que los Estados impulsen políticas de familia, en el sentido de favorecer que tengan hijos. Necesitamos urgentemente un rejuvenecimiento de la población. Para ello, es importante en lo que atañe a nuestro campo de actuación como es la Seguridad Social, reordenar las prestaciones familiares, dotarlas de una mayor financiación con incentivos, no solo por nacimiento sino también con el cuidado y atención del menor en los primeros años para hacer posible que el tener hijos no sea una carga sino al contrario se den facilidades para tenerlos, especialmente en las personas que dispongan de pocos ingresos para mantenerlos. Sobre ello se han realizado diversas proposiciones de ley, si bien entre sus objetivos sorprendentemente no se contempla esta vertiente de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones, sino que obedecen a otra finalidad también importante y quizá más perentoria como es el de la reducción de la pobreza infantil¹⁷. Se trata de Proposiciones de Ley que bien podrían encajar con algunos ajustes en una nueva ley que reordenara las prestaciones económicas por hijo o menor a cargo. Desde luego, en tales proposiciones de ley lo esencial es el incremento de las ayudas económicas que pasarían con carácter general de 291 euros/año a 1.200 euros/año, correspondiente a los hijos menores a cargo de 18 años que no superen un determinado límite de ingresos¹⁸.

¹⁷ Proposición de ley sobre mejoras en la prestación económica de la Seguridad Social para la crianza de los hijos (BOCG de 5-5-2017) preentada por el Grupo Parlamentario Mixto, así como la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para la mejora de la Prestación Económica por hijo o menor a cargo (BOCG de 30-6-2017), presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

¹⁸ El Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, propone un límite de 12.314 euros/año por un hijo, incrementándose en un 30 por ciento

No me parecen excesivas las propuestas económicas, pero es que por algo debemos empezar para ampliar la base de nuestra desequilibrada pirámide de población.

4. Los movimientos migratorios como elemento integrador de empleo

A mitad de los años noventa del siglo pasado, hubo también un período de dificultades en cuanto al sostenimiento de las pensiones. Entonces apareció un fenómeno inesperado que fue la llegada de numerosos trabajadores inmigrantes que junto con el incremento de la incorporación de las mujeres al mercado laboral, aliviaron en buena parte con sus cotizaciones la financiación del Sistema de pensiones. Lamentablemente, la crisis puso en dificultades a esos trabajadores, al perder sus trabajos y verse abocados en muchos casos a emigrar a sus países de origen. De hecho, el Gobierno estableció con carácter urgente por Real Decreto Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y posterior desarrollo por Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, la posibilidad de que los trabajadores extranjeros con derecho a la prestación contributiva por desempleo pudieran retornar a su país de origen mediante la capitalización en dos plazos de la citada prestación como estímulo para que iniciaran la actividad en su país.

Han transcurrido casi 10 años y parece llegado el momento de retomar esas políticas de inmigración, con la incorporación de algún mecanismo que favorezca su permanencia en tiempos de crisis. Asimismo, debemos contar con que si los inmigrantes permanecen hasta la edad de jubilación también tendrán derecho a la correspondiente pensión, si reúnen los requisitos exigidos.

2. COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO EN ESPAÑA Y EN LOS DIFERENTES ESTADOS DE LA UE

La cuestión de la compatibilidad es de gran interés pues no es lo mismo que el trabajador al jubilarse y percibir su pensión se le permita

por cada hija, hijo o menor de edad a cargo, a partir del segundo, este incluido, y en un 50 por ciento por cada persona adulta residente en el hogar que forme parte de la unidad familiar, a partir de la segunda, esta incluida; en cambio, el Grupo Parlamentario Mixto, propone que ese límite sea de 22.000 euros, incrementándose un 15% por cada hijo o menor a cargo a partir del segundo.

compatibilizarla con un trabajo que se le prohíba tal posibilidad. De los Estados miembros de la UE, se puede afirmar que el régimen de compatibilidades español sigue siendo de los más rígidos de la UE, pese a los cambios incorporados en los últimos años¹⁹, aunque con las nuevas normativas que se acaban de aprobar, en especial, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (LRUTA), se vislumbra un panorama mucho más flexible.

1. La compatibilidad “pura” en España

La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, no ha existido en realidad en España salvo algunas figuras específicas, que no responden exactamente al concepto de compatibilidad que podríamos denominar “pura” (entre pensión completa y trabajo a jornada completa) sino a una reducción en la cuantía de la pensión, en la jornada y salario de la actividad profesional, o en ambas a la vez, como es la jubilación parcial o en lo que se ha dado en llamar pensión de jubilación y envejecimiento activo, que podría abreviarse y llamarse “jubilación activa”.

Así pues, en la normativa vigente no se permite la compatibilidad “pura” salvo en tres supuestos, curiosamente pertenecientes al campo de aplicación de los trabajadores por cuenta propia:

- a) En la primera se mantiene esa posibilidad existente durante años, que consiste en que aquellos profesionales por cuenta propia que perciben una pensión de jubilación de la Seguridad Social, pueden seguir ejerciendo su actividad por cuenta propia, siempre que tal actividad no dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social²⁰. Ordinariamente esto es posible siempre que estuvieran previamente incluidos en la mutualidad del correspondiente Colegio Profesional al

¹⁹ En este sentido, CAMOS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTAZAR, C., y SUAREZ CORUJO, B.: *Las reformas de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, cit., pág. 186.

²⁰ Como se desprende del contenido del artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por vejez en el Régimen General de la Seguridad Social.

que estuvieran adscritos antes del 19 de noviembre de 1995 y no hubieran estado dados de alta en el RETA.

- b) Además se contempla la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo con un límite de ingresos, en el caso de que se desarrollen actividades por cuenta propia, siempre que los ingresos procedentes de tal actividad no superen el salario mínimo interprofesional²¹. Si bien, en este caso existe la limitación de la obtención de ingresos máxima. Esta es una posibilidad discutible por razones que no es posible desarrollar, que tiene que ver con las dificultades de fiscalización, pero que se acerca a una de las propuestas que se apuntarán al final.
- c) Una tercera excepción, también en el caso del trabajo por cuenta propia, lo constituye la disposición final quinta de la nueva Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que incorpora al artículo 214.2 LGSS un párrafo segundo que supone un principio de compatibilización pura, en el sentido de que se permite la compatibilización entre la pensión completa al 100 por ciento y el desarrollo de la actividad, si bien con la condición de tener contratado al menos, a un trabajador por cuenta ajena.

En realidad, de las tres clases de compatibilidad enunciadas, la primera es antigua y poco probable su consolidación en el futuro, por la progresiva exigencia de que los trabajadores autónomos se den de alta en el RETA, impidiendo de ese modo la compatibilidad; la segunda no responde exactamente al concepto de compatibilidad “pura” al que me refería anteriormente, pues los ingresos del autónomo por la actividad no puedan ser superiores al SMI. Se trataría más bien de una compatibilidad “parcial”.

En cambio, el tercer tipo de compatibilidad, aunque exige la contratación laboral de un trabajador, se trataría tan solo de un requisito externo a la compatibilidad, porque la compatibilidad es realmente “pura”. Además, en cuanto a la cotización, tan solo deberán cotizar, según el artículo 309 LGSS, por incapacidad temporal y, en su caso, por contingencias profesionales, y por una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento

²¹ Sobre esta posibilidad véase el artículo 213.4 LGSS.

sobre la base por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones. Lo que significa, que no solo podrán seguir trabajando por cuenta propia con el 100 por ciento de la pensión sino que además, su cotización se verá ampliamente reducida.

Por otro lado, una vez creada esta modalidad de compatibilidad para los trabajadores por cuenta propia, no se entendería que no se ampliara a los trabajadores por cuenta ajena. De hecho, la disposición final quinta de la LRUTA, adiciona a la LGSS una disposición sexta bis, y señala que para un momento posterior, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos que se acaba de describir. Lo que no queda aclarado son las condiciones que deberán cumplir los trabajadores por cuenta ajena para poder acceder a este régimen tan favorable de compatibilidad.

2. La compatibilidad en la Unión Europea

Una vez se ha descrito el concepto de compatibilidad en el caso de España, parece oportuno realizar un análisis sobre la forma en que se ha regulado en la UE.

En primer lugar, se encuentran aquellos Estados miembros en los que existe una compatibilidad pura, es decir, aquellos que una vez obtenida la pensión de jubilación ordinaria pueden seguir trabajando a jornada completa y sin ninguna limitación (9 Estados). En el polo opuesto, sin embargo, no se ha encontrado ningún Estado miembro que lo tenga absolutamente prohibido, salvo en España, si bien esto está cambiando, sin duda por la influencia de los países de nuestro entorno.

En la mayoría de los Estados existe alguna forma de compatibilidad (18 Estados) con alguna restricción mayor o menor según el Estado miembro²².

²² Con objeto de evitar reiteraciones innecesarias, se advierte que los datos que figuran a continuación en el presente epígrafe 3 y demás subepígrafes pueden consultarse en: <http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTableSearch.jsp>

2.1. Compatibilidad pura o absoluta

La compatibilidad plena de la pensión de jubilación (incluida la jubilación anticipada) con el trabajo es ilimitada en *Bulgaria*, también en *Chipre*, si bien, los pensionistas que reciben una pensión de jubilación anticipada y siguen trabajando están obligados a seguir cotizando a la Seguridad Social hasta la edad de 65 años. Esta compatibilidad pura se da también en una de las pensiones que se reconocen en *Dinamarca*, concretamente la pensión complementaria (*arbejdsmarkedets tillægspension*, ATP), que permite la compatibilidad ilimitada. Asimismo, en *Finlandia* la compatibilidad es posible, y no se impone ninguna restricción sobre los ingresos incluso después de alcanzar la edad ordinaria de jubilación. También es posible en *Francia*, para el asegurado que ha recibido todas sus pensiones obligatorias francesas y extranjeras, sin que las cotizaciones derivadas de su actividad generen nuevos derechos a pensión. En *Irlanda*, se permite la compatibilidad de la Pensión Estatal (contributiva) con ingresos procedentes del trabajo. Tales ingresos no afectan al pago del importe de la pensión. En *Italia*, se permite la compatibilidad total de la pensión de jubilación con ingresos provenientes de actividades por cuenta ajena o por cuenta propia. También en *Suecia*, la compatibilidad total con ingresos es posible.

En los *Países Bajos* se da la compatibilidad pura. El derecho a la pensión de vejez legal (*Algemene Ouderdomswet*) no se ve afectado por los ingresos si una persona continúa o comienza un empleo remunerado o un trabajo por cuenta propia después de la edad legal de jubilación, sin que se contemple en este nivel básico la jubilación anticipada. En el *Reino Unido*, es posible la compatibilidad, y la Pensión del Estado no se ve afectada por los ingresos si la persona continúa, o comienza el empleo remunerado o el autoempleo después de la edad de Pensión del Estado²³ (entonces dejará de aportar las cotizaciones para el Seguro Nacional), pues no se contempla la jubilación anticipada.

²³ Para evitar discriminaciones por razón de edad, en el Reino Unido se prohíbe que los empleadores le pregunten la edad al trabajador. Los empleadores tampoco pueden fijar un límite de edad para un trabajo, a menos que puedan justificarlo (por ejemplo, debido a ciertas habilidades físicas) o es un límite establecido por la ley, por ejemplo, para el servicio de bomberos (<https://www.gov.uk/plan-retirement-income/working-past-state-pension-age>)

2.2. Compatibilidad relativa

En un segundo nivel se estudiará el régimen jurídico de otros Estados miembros que permiten compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo incluyendo algunas restricciones. Limitaciones que tiene que ver con el hecho de que las rentas salariales no superen una determinada cuantía, que el trabajador haya obtenido la pensión jubilación y continúe trabajando en la misma empresa desde la que obtuvo la pensión, el establecimiento de algunas restricciones (absolutas o relativas) de la compatibilidad con el trabajo en el caso de la jubilación anticipada o, en fin en los supuestos de transferencia de la pensión de invalidez (rebautizada) a pensión de vejez.

A) Ingresos derivados del trabajo

En *Dinamarca*, además de la pensión complementaria (ATP) que permite la compatibilidad pura o plena, el importe de base (grundbeløb) de la Pensión Social (Folkepension), depende de los ingresos obtenidos de la actividad profesional del pensionista. Se reduce en un 30% de la pensión, cuando los ingresos obtenidos exceden de 310.000 DKK (41.680 euros) por año. El complemento de pensión (pensionstillæg) se reduce en un 30,9% para las personas solteras, 16% si el cónyuge/compañero de cohabitación tiene derecho a una pensión o 32% si el cónyuge/compañero de cohabitación no tiene derecho a una pensión; en el caso de *Grecia*, los pensionistas que realizan un trabajo (como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia) que están cubiertos por el seguro obligatorio de EFKA, el importe de las pensiones brutas principales y complementarias que perciben se reducen en un 60% durante el período de empleo. Recuerda mucho esta medida a nuestra jubilación activa, si bien en España el pago representa la mitad de la pensión, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena.

B) Compatibilización de la pensión con el trabajo desarrollado en la misma empresa desde la que se obtiene la pensión

Otra restricción en la aplicación de la compatibilidad viene dada por el hecho de que el trabajador al percibir la pensión, continúe trabajando

en la misma empresa desde la que obtuvo la pensión de jubilación, exigiéndose que la compatibilidad de la pensión y el trabajo, se inicie con otros empresarios distintos. Esto sucede, en *Portugal*, en el caso de la pensión anticipada, en que la compatibilidad no está permitida en los tres años siguientes a la fecha de acceso a la pensión, si los rendimientos salariales proceden del trabajo desarrollado en la misma empresa o grupo Empresarial en la que el beneficiario ejercía actividad; también en *Estonia*, en las pensiones soodustingimustel vanaduspension y en la pensión de Superannuated (väljateenitud aastate pension).

C) Restricciones en la jubilación parcial

La restricción más frecuente y que tiene toda la lógica, es la prohibición de la compatibilidad de las rentas derivadas del trabajo durante la percepción de la jubilación anticipada, cesando la prohibición, una vez el trabajador ha cumplido la edad ordinaria de jubilación. Si bien, esa prohibición puede ser a su vez absoluta, en todo caso, o se permite la compatibilidad con algunas restricciones, como se ha visto en el caso de Portugal, cuando quien accede a la pensión de jubilación anticipada, la compatibiliza con el trabajo desarrollado en la misma empresa desde la que accedió al derecho de la pensión.

a) Incompatibilidad absoluta de la jubilación anticipada con rentas procedentes del trabajo

En *Estonia* existe incompatibilidad absoluta de la jubilación anticipada con rentas procedentes del trabajo hasta que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación; en *Croacia*, se establece la incompatibilidad absoluta entre la pensión de jubilación anticipada y las rentas de trabajo e incluso al haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, la compatibilidad sin reducción de la pensión de vejez es posible cuando sigue trabajando a tiempo parcial (hasta la mitad de las horas de trabajo a tiempo completo) o en el desarrollo de trabajos ocasionales que no se fundan en un contrato de trabajo; también en *Letonia*, siendo compatibles los ingresos del trabajo con la pensión de vejez ordinaria, sin embargo, con la jubilación anticipada está prohibida la compatibilidad. Lo mismo se puede decir de *Lituania*; En *Rumania*, a los pensionistas

con pensión de vejez con la edad de jubilación estándar reducida (pensie pentru limita de varsta), se les permite la compatibilidad con ingresos de trabajo, en cambio no se les permite con la pensión de jubilación anticipada (pensie anticipata) o pensión parcial de Jubilación Anticipada (pensie anticipata partiala). Sin embargo, resulta curioso que se permita la compatibilidad cuando se trata de un consejero local o del condado. En el caso de compatibilidad con rentas del trabajo por cuenta propia, al pensionista de vejez, con bajos ingresos con la edad ordinaria, se le permite la compatibilidad sin excepciones, en cambio cuando se trata de jubilación anticipada o pensión parcial de jubilación anticipada, no se permite la compatibilidad (sin excepciones). En *Eslovaquia*, la acumulación de la pensión de vejez (Starobný dôchodok) con los ingresos es posible, sin ninguna reducción de la pensión. Sin embargo, no es posible la compatibilización de la pensión de jubilación anticipada (Predčasný starobný dôchodok) con los ingresos.

b) Compatibilidad relativa de la jubilación anticipada con otras rentas procedentes del trabajo

En el segundo supuesto, es posible compatibilizar la jubilación anticipada con las rentas procedentes de trabajo con alguna limitación. Es el caso de *Austria*, en el que se suspende la pensión en el caso de que los ingresos sean superiores a 415,72 euros/mes; de *Bélgica*, que establece restricciones en la compatibilidad salvo que el trabajador haya cumplido 65 años de edad o acredite 45 años cotizados; También en la *República Checa*, en la jubilación anticipada sólo se permiten ingresos inferiores a 2.500 CZK (92 euros) al mes; en *Alemania*, antes de alcanzar la edad normal de jubilación, deben respetarse los límites máximos de ingresos²⁴; En *Hungría*, si el beneficiario acredita ingresos anuales de más de 18 veces el salario mínimo durante el percibo de la pensión anticipada (korhatár előtti ellátás) esta se suspende hasta que alcance la edad de jubilación ordinaria; en el caso de *Luxemburgo*, la pensión ordinaria de vejez (pension de vieillesse) es compatible sin limitación alguna con cualquier renta del trabajo. En cambio, en la pensión de jubi-

²⁴ Véase el importe concreto en el anterior análisis de la pensión de jubilación parcial en Alemania.

lación anticipada la compatibilidad se limita a los ingresos resultantes de actividades ocasionales o insignificantes y a los ingresos procedentes del trabajo. En estos casos se reduce la pensión si la suma de los ingresos del trabajo y la pensión excede la media de los cinco salarios anuales más altos del registro del seguro. Desde luego, dentro de los Estados que contemplan una compatibilidad atenuada, Luxemburgo es el que más se acerca a la compatibilidad total; En *Polonia*, la pensión de vejez (*Emerytura*) no se suspende ni se reduce si el jubilado ha alcanzado la edad legal de jubilación. En cambio, la pensión anticipada (*Wcze niejsza emerytura*) se suspende o se reduce si el pensionista obtiene más del 70% y el 130% del salario medio nacional, en cuyo caso el importe básico de la pensión queda reducido en un 24%, y si obtiene ingresos superiores al 130% del salario medio nacional, se le suspende la pensión; en *Eslovenia*, salvo el caso de la jubilación parcial (*delna pokojnina*), si un asegurado inicia una relación laboral o realiza una actividad por cuenta propia o cumple los requisitos para tener derecho a cualquier otro seguro, se suspende la pensión. Los beneficiarios de una pensión de vejez, de jubilación anticipada, que reanuden el trabajo o la actividad (al menos dos horas diarias o diez horas semanales para los trabajadores y al menos una cuarta parte del seguro a tiempo completo de los trabajadores autónomos, los socios y los agricultores), se les pagará su pensión en una parte proporcional, entre el 12,5% y el 75% dependiendo de la cantidad de tiempo trabajado.

3. APROXIMACIÓN AL FUNCIONAMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LA UE

Una vez analizados los problemas de envejecimiento de la población que supone un problema para el futuro de las pensiones, así como las diversas propuestas para solucionarlas o al menos mitigarlas como la de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo, estamos en condiciones de conocer forma en que los trabajadores que circulan por los diversos Estados miembros de la UE pueden acceder a la pensión de jubilación. Ciertamente son numerosas las circunstancias de cada trabajador y los criterios de aplicación que rigen en la UE, criterios o principios de aplicación, que siendo complejos pueden resumirse en

una sola palabra: “coordinación”. Teniendo en cuenta que las normas de coordinación son aplicables con independencia de que el solicitante de pensiones, incluido en el ámbito subjetivo de los Reglamentos de coordinación, resida en el momento de la solicitud en un tercer Estado²⁵.

1. Principios de aplicación sobre coordinación de Seguridad Social en la Unión Europea

Se trata de una serie de principios que deben regir con carácter general en materia de coordinación en materia de seguridad social. A continuación se analizarán los criterios específicos que ahondan en las reglas previstas para el acceso al derecho de la pensión de jubilación de los trabajadores migrantes.

1.1. Principios básicos de coordinación

Para que pueda ejercerse de forma efectiva y se garantice el *derecho a la libre circulación de personas*²⁶, deben adoptarse medidas de coordinación, que no pueden ser alcanzadas de manera suficiente por los Estados miembros y que se lograrán mejor a nivel de la UE²⁷.

Los encargados de llevar a cabo esa coordinación a la que se hacía referencia son los Reglamentos de la UE sobre seguridad social, que nos van a indicar cuáles son las reglas de aplicación de la normativa del Estado que corresponda²⁸, y cuya misión consiste en la de respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social y establecer únicamente un sistema de coordinación, que garantice a los interesados la *igualdad de trato* (en especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan,

²⁵ STUE 3 abril 2008, asunto Chuck C-331/06.

²⁶ Como establece, el artículo 48.1 (hoy 39) del Tratado, «la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

²⁷ Considerando (45) del Reglamento (CE) 883/2004.

²⁸ Concretamente, los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009 a los que se hizo referencia.

incluidos los trabajadores fronterizos²⁹) dentro de la UE, conforme a las diversas legislaciones nacionales³⁰.

Por otro lado los períodos cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro deberán tenerse en cuenta únicamente mediante la aplicación del *principio de la totalización de períodos*³¹. Y solo a esos efectos.

Otro principio de aplicación es el *principio de conservación de los derechos* por el que las normas de la coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que adquieran³².

Junto a lo anterior, conviene tener en cuenta la necesidad de que las personas que circulan por el territorio de la UE deben estar sujetas al sistema de seguridad social de *un solo Estado miembro*, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar³³. A este respecto, debe precisarse que para la concesión de una prestación, se debe aplicar la legislación del Estado miembro al que pertenezca la institución que haya concedido la citada prestación³⁴.

La asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos, de modo que si, conforme a la legislación interna, el disfrute de prestaciones o ingresos produce unos efectos jurídicos determinados, esos mismos efectos se producen en las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado miembro³⁵.

En ese sentido, y en relación a las prestaciones, si un trabajador está asegurado en virtud de la legislación de un Estado miembro en la fecha en que solicita una pensión en otro Estado miembro, se entiende que, en la fecha de la solicitud, está asegurado y en alta en este último, como se desprende del artículo 5.b) del Reglamento 883/2004.

²⁹ Como trabajador fronterizo se considera a «toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana» [artículo 1.f) del Reglamento (CE) 883/2004].

³⁰ Considerandos 4 y 5 del Reglamento (CE) 883/2004.

³¹ Considerando (10) del Reglamento (CE) 883/2004.

³² Considerando (13) del Reglamento (CE) 883/2004.

³³ Considerando (15) en relación con el artículo 11.1 del Reglamento (CE) 883/2004.

³⁴ Considerando (18 bis) del Reglamento (CE) 883/2004.

³⁵ Artículo 5 a) del Reglamento (CE) 883/2004.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia o ajena procede determinar como legislación aplicable, por norma general, la del Estado miembro en que el interesado *realiza la correspondiente actividad*³⁶.

Por otro lado, es importante que se fomente la máxima *cooperación* entre los Estados miembros mediante la creación de una Comisión administrativa compuesta por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, encargada de responder a todas las cuestiones administrativas o de interpretación que se deriven de la aplicación del Reglamento 883/2004³⁷.

Finalmente, como consecuencia de la necesidad de la utilización de los datos con fines de *intercambio de información* se establece la creación de una Comisión técnica, dependiente de la Comisión administrativa, con responsabilidades específicas en materia de tratamiento de datos³⁸.

Los anteriores principios que rigen para todas las cuestiones que afectan a la seguridad social de personas y trabajadores migrantes de la UE.

1.2. Criterios de aplicación en la pensión de jubilación

Los criterios que deben aplicarse en la pensión de jubilación en los casos en que el interesado haya estado sujeto a la legislación de varios Estados miembros deben someterse a un solo sistema. Y los diversos elementos que configuran la pensión de jubilación, como son, la forma de cómputo de los períodos de cotización efectuados en los diversos Estados miembros, el hecho causante, el requisito del alta en la Seguridad Social, su cuantía, etcétera son objeto de análisis en los siguientes apartados.

1.2.1. Totalización de períodos cotizados en otros Estados miembros

Con respecto al acceso al derecho de la pensión o para determinar la cuantía de la misma, se deben tener en cuenta todos los períodos

³⁶ Considerando (17) en relación con el artículo 11.3.a) del Reglamento (CE) 883/2004. Existen normas particulares (artículo 12), así como el establecimiento de reglas en los casos en los que el ejercicio de actividades por cuenta ajena o propia se desarrolla en dos o más Estados miembros (artículo 13).

³⁷ Considerando (38) del Reglamento (CE) 883/2004.

³⁸ Considerando (39) del Reglamento (CE) 883/2004.

acreditados en los diversos Estados miembros, siempre que no se superpongan. En caso de que se superpongan algunos períodos, habría que seguir las siguientes reglas de prevalencia³⁹: 1º) Los períodos de seguro o empleo obligatorios priman sobre los voluntarios. 2º) Los períodos de cotización o desempleo de carácter voluntario, pero efectivos, priman sobre los períodos asimilados 3º) Asimismo, los reglamentos (CE) prevén normas para el cómputo de los períodos de cotización/seguro o desempleo certificados por los Estados miembros⁴⁰, llevándose a cabo su cómputo desde la fecha de alta hasta la fecha de la baja.

Debe tenerse en cuenta que pueden existir diferentes períodos de cotización/seguro/empleo o residencia que estén expresados en diferentes unidades de tiempo, por lo que se deberán efectuar en tales casos las oportunas conversiones⁴¹. En este sentido, son aplicables todas las legislaciones nacionales de los Estados miembros a los que haya estado asegurado el trabajador. No obstante, los sistemas a los que el migrante estuvo afiliado por un periodo inferior al año pueden eximirse de la obligación de reconocer una prestación en su seno (art. 57 Reglamento 883/2004), pero sí deben computarse por el resto de legislaciones nacionales involucradas aplicables⁴². Y en el caso de que todas las legislaciones aplicables se eximieran de reconocer prestaciones por haberse un período de cotización inferior al año, entonces se deberán otorgar la prestaciones según la legislación del último de los Estados en cuyas condiciones se cumplan, como si todos los períodos de cotización se hubieran cumplido según la legislación de dicho Estado.

1.2.2. Determinación del hecho causante cuando se instruye la pensión de jubilación en otro Estado miembro distinto a España

En el caso de que el solicitante de la pensión se encuentre asegurado conforme a la legislación de otro Estado miembro en la fecha de la solicitud: *se considera en situación de alta en España, por lo que el*

³⁹ Según artículos 6 del Reglamento (CE) 883/2004 y 12 y 13 del Reglamento (CE) 987/2009, Decisión H6 de 16-12-2010 de la Comisión Administrativa.

⁴⁰ Según artículo 51 del Reglamento (CE) 883/2004 y 12 y 13 de Reglamento (CE) 987/2009.

⁴¹ Según el artículo 13 del Reglamento (CE) 987/2009.

⁴² STUE 3 abril 2008, asunto Chuck C-331/06.

hecho causante coincide con la fecha del cese en el trabajo. En cambio, si no está asegurado en la legislación de ningún Estado miembro en la fecha de la solicitud: se considera en situación de no alta en España, por lo que se considera como fecha del hecho causante de la pensión, la de la solicitud. Y en aquellos casos en los que el trabajador no esté asegurado en la legislación de ningún Estado miembro en la fecha de la solicitud, pero que sea perceptor de pensión de vejez o jubilación en otro Estado miembro: se le considera en situación asimilada a la de alta en España, por lo que, con carácter general, el hecho causante de la pensión es el día de la solicitud.

Sintéticamente:

| Situación del trabajador | Fecha del hecho causante de la pensión |
|--|---|
| Situación de alta. Situación de asimilación al alta. Situación de asimilación al alta, percibiendo una pensión en otro Estado. | <ul style="list-style-type: none"> – Día del cese en la actividad. – Día de presentación de la solicitud. – Si los efectos económicos de la pensión son anteriores a la solicitud: el hecho causante se determina en la fecha de presentación de la solicitud. – Si los efectos económicos de la pensión son posteriores a la solicitud: el hecho causante se determina en la fecha de efectos de la pensión. |
| Situación de no alta. | Día de presentación de la solicitud. |

1.2.3. Sobre la exigencia del requisito de alta o situación asimilada a la de alta

El requisito de encontrarse dado de alta o en situación asimilada a la de alta en la Seguridad Social que se suele exigir en la legislación española para el reconocimiento de la pensión de jubilación, se considera cumplido, cuando el trabajador se encuentra asegurado con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en la fecha del hecho causante, o ese otro Estado miembro reconozca una prestación que reconozca el mismo riesgo⁴³.

⁴³ Según el artículo 51.3 del Reglamento (CE) 883/2004.

1.2.4. Solicitud de la pensión que afecte a diversos Estados miembros

Existe un procedimiento de solicitud de la pensión de jubilación que deberá seguir las previsiones del artículo 50.1 del Reglamento (CE) 883/2004 y artículos 45, 46 y 47 del Reglamento (CE) 987/2009, según los cuáles con carácter general, el solicitante debe presentar la solicitud en la institución de su lugar de residencia y conforme a su normativa (por ello, si se reside en España, se presentará la solicitud de acuerdo con lo establecido en la legislación interna –con tres meses de antelación como máximo– ante la Dirección Provincial correspondiente, a través del CAISS). En cambio, si el trabajador no ha estado sujeto a la legislación del lugar de residencia, la institución del lugar de residencia traslada la solicitud a la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el interesado en último lugar, utilizando los formularios de enlace correspondientes e indicando la fecha de formalización de la solicitud.

La *institución de contacto* que sea competente dará traslado de la solicitud de pensión y de todos los documentos de que disponga a todas las instituciones afectadas, notificando los períodos de seguro o residencia con sujeción a su legislación. Para ello, se deben cumplimentar los *formularios de enlace* (aprobados mediante Decisión por la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes) y se remiten a las instituciones competentes de los Estados miembros implicados.

En el caso de que estén afectados solo dos Estados, la institución competente del segundo Estado, al recibir los formularios de enlace, y una vez estudiado el derecho a la pensión, ha de notificar al primero los períodos de seguro, trabajo ó residencia cubiertos bajo su legislación, así como la decisión adoptada, a la institución del primer Estado.

Por poner un ejemplo, en el caso del Reino Unido (UK), y hasta que se materialice el Brexit, para que cuente el tiempo cotizado en UK, las oficinas de seguridad social de los distintos países se comunican y trabajan juntas para compartir la información y datos de cotizaciones. De este modo, en el caso de residencia en España se haya trabajado en UK previamente y no existan cotizaciones en España deberá solicitarse la prestación en el último país en el que se haya trabajado. En este caso es el **Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)**, que tramitará la solicitud al **Department of Work and Pensions (DWP)**, que es la seguridad social británica, de modo que cada país pague de forma proporcional según los años cotizados en cada uno.

Si están afectados más de dos Estados, la institución competente de cada uno de ellos ha de proceder a notificar los períodos de seguro, trabajo ó residencia cubiertos bajo su legislación a la institución de contacto y a las demás instituciones.

Cada una de las instituciones ha de comunicar al solicitante, con arreglo a la legislación aplicable, la decisión que haya adoptado. Todas las decisiones han de contener las vías de recursos aplicables y los plazos para su interposición. La institución de contacto ha de remitir al solicitante y a las demás instituciones afectadas un resumen de las decisiones adoptadas por todas las instituciones implicadas, en la lengua de la institución de contacto o en la lengua que elija el solicitante, entre las reconocidas como lenguas oficiales.

Solicitud de pensión presentada en España

La solicitud de pensión de jubilación debe presentarse ante la correspondiente Dirección Provincial de la Entidad gestora correspondiente (con carácter general, la correspondiente al lugar de residencia) acompañando la documentación necesaria, que es la establecida con carácter general, más la específica en función del Estado miembro donde el trabajador haya desarrollado alguna actividad laboral.

1.2.5. La cuestión de la edad

La edad de jubilación **en España en 2017 es 65 años de edad, con 36 años y 3 meses cotizados o de 65 y 5 meses de edad** (aumentando a los 67 a partir de 2027) y la edad de jubilación **en Reino Unido es de 65 para los hombres y 60 para las mujeres** (aumentando ambas a los 66 en 2020 y con planes de llegar a los 68 progresivamente de aquí a 2044). La cuestión es que cuando llegue el momento de la jubilación estando en España, habrá que informarse de cómo afectará a la cuantía total de la pensión en caso de solicitarla a la edad determinada por un país o por el otro, si hubiera diferencia entre éstas en ese momento.

1.2.6. Determinación del importe de la pensión

En el caso de que se haya cotizado el tiempo exigido para el acceso al derecho de la pensión de jubilación, para determinar la cuantía de la

pensión las oficinas de la seguridad social de los Estados en los que se haya trabajado -INSS y DWP en el caso de España y Reino Unido- revisarán las **cotizaciones** a su seguridad social, **lo que se ha cotizado en los demás países** en los que se haya trabajado y **el período de tiempo en que se ha trabajado en cada Estado**. A continuación, los Estados miembros de la UE en los que se haya cotizado deberán calcular la suma correspondiente de modo que la cuantía sea la mayor posible. Para ello, se lleva a cabo aplicando, primero con la *nacional pension* y a continuación con el denominado *EU-equivalente rate*, del siguiente modo:

National pension, es la cuantía que recibiría el pensionista por las contribuciones realizadas sólo en ese Estado, en el caso de que se hubieran cotizado los años necesarios de cotización a la seguridad social para percibir la pensión al 100 por ciento, que son distintos para cada Estado de la UE (35 años y 6 meses en España entre 2013 y 2019⁴⁴ y 30 en UK).

EU-equivalent-rate, es la cuantía proporcional que se calcula en función de lo cotizado en cada Estado en referencia al total de años cotizados. Así, en el caso de que se hayan cotizado 37 años en España y 8 años en Reino Unido. A la hora de calcular la cuantía a percibir por parte de UK, el DWP no podrá considerar la *nacional pension*, ya que no se habrían cotizado los 30 años para optar a ésta, por lo que calcularía el *EU-equivalent-rate*, considerando los 45 años cotizados en total (como si se hubieran cotizado esos 45 años en UK) y contribuiría a la pensión de jubilación de manera pro-rata, recibiendo así por parte de UK el equivalente a 8/45. En cambio, en España sí que se causa el derecho a optar a la pensión al haber cotizado los años necesarios para ello. De forma que el INSS calculará la *nacional pension* y también el *EU-equivalent-rate*, considerando el cálculo pro-rata (como si se hubiera cotizado 45 años en España) de 37/45. En este caso, la parte que el pensionista percibirá del Estado español, será la mayor de los dos cálculos realizados, con la *nacional pension* o en su caso con el *EU-equivalent-rate*.

⁴⁴ Según disposición transitoria novena de la LGSS.

¿QUÉ TUTELA JURÍDICO-SOCIAL PARA LA “NUEVA” EMIGRACIÓN LABORAL ESPAÑOLA)¹

DR. JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario del Instituto de Migraciones
Universidad de Granada

“En nuestra economía global enfrentamos un problema formidable: el surgimiento de nuevas lógicas de *expulsión*. Las últimas dos décadas han presenciado un fuerte crecimiento del número de personas, empresas y lugares expulsados de los órdenes sociales y económicos centrales de nuestro tiempo”.

SASSEN, S.: *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*,
Katz, Madrid, 2015, p. 11.

1. El cambio del flujo migratorio en España y la revisión de las políticas sociales

El “cambio migratorio” que ha caracterizado la situación en España en los últimos años justifica el reclamo de un nuevo marco epistemológico más holístico en el análisis de la nueva complejidad de la realidad migratoria –de entrada y salida- presente en nuestro país y sus impactos

¹ La presente ponencia se enmarca en las actividades de difusión de los resultados del Proyecto de Investigación Nacional I+D+i: *Nuevas Políticas Jurídicas para el Cambio Migratorio: Tutela Jurídico-Social de los Trabajadores Emigrantes* (Es-MIGRA), con referencia: DER2014-56019-P (Ministerio de Economía y Competitividad).

sociales². Hemos asistido a una caída drástica de los flujos de inmigración en nuestro país durante los años de la crisis, que ahora lentamente va creciendo de nuevo, mientras que la emigración había devenido en los últimos años el fenómeno dominante en el terreno de la movilidad transnacional de personas. España recuperó así en parte el carácter que otrora tuviera de “país de emigración”, aunque también parece que es una situación con tendencia hacia la desaceleración frente al comportamiento general de los flujos migratorios que ha caracterizado los años de la prolongada crisis económica.

Este nuevo panorama de cambio en el flujo migratorio no ha tenido la respuesta política e institucional que realmente merecía. En primer lugar, se hace necesario clarificar y determinar su verdadera dimensión y naturaleza (vertiente socio-demográfica), más allá del alarmismo con que las naturales dinámicas migratorias suelen aparecer tratadas en los medios de comunicación y en algunos sectores políticos.

Pero especialmente necesario es analizar sus causas, los *push/pull factors* presentes en nuestra sociedad, y muy especialmente en nuestros mercados de trabajo, pues quizá el fenómeno en sí muestre los caminos hacia nuevas políticas sociales que no tengan como inevitable consecuencia el “desarraigo” social de algunas capas de la población. Ello debiera culminar en la necesaria revisión de las virtudes y disfunciones del conjunto de las políticas y marcos normativos que abordan –de manera más o menos directa- esta “nueva cuestión social” relativa a la emigración.

Lo cierto es que mantenemos instituciones y regulaciones jurídicas que no se adaptan bien a las nuevas realidades migratorias. La situación de cambio migratorio que hemos vivido en nuestro país, con un fenómeno emergente de emigración nada irrelevante, no cuenta de momento con unas políticas específicas, coherentes y estructuradas, y por ende, tampoco con un marco jurídico-normativo actualizado para dar una respuesta adecuada a esta nueva realidad desde el punto de vista jurídico-social. Este cambio, derivado de las dificultades presentes en nuestro sistema productivo para la generación de em-

² LÓPEZ-SALA, A., OSO, L.: “Inmigración en tiempos de crisis: dinámicas de movilidad emergentes y nuevos impactos sociales”, *Migraciones*, n. 37, 2015, p. 10.

pleo (en especial, empleo “de calidad”), plantea un nuevo reto de política normativa, así como de instrumentación técnico-jurídica de propuestas y modelos de regulación que ofrezcan la necesaria tutela jurídico-social a los españoles que emigran, así como a un diseño de políticas de retorno que permitan recuperar capital humano para nuestro sistema productivo³.

En la actualidad no disponemos de un marco jurídico-normativo actualizado para dar una respuesta adecuada a la nueva emigración (que sigue siendo fundamentalmente de tipo “económico-laboral”). Repárese, por ejemplo, que la Ley de Ciudadanía Española en el Exterior (en adelante, LECEX) se promulga en el año 2006, en un contexto migratorio muy diferente del actual. Por ello, se hace necesaria reordenación de los aspectos relativos a la tutela jurídico-social de los trabajadores españoles que emigran, en aspectos como el asesoramiento en materia de búsqueda de empleo en otros Estados, el acompañamiento en los procesos migratorios, los derechos de Seguridad Social, sanidad y protección social, etc. Los retos son mayores teniendo en cuenta que los cambios en el propio fenómeno migratorio hacen que este se haya vuelto mucho más poliédrico.

2. Características generales de la reciente emigración española (en el contexto de la creciente complejidad global de las migraciones)

El *prius* ineludible de cualquier análisis político-jurídico es el conocimiento de la realidad social concreta a la que debe venir referida y que constituirá su ámbito aplicativo (lo que conocemos como “centro de imputación normativa”). La emigración es un fenómeno que cobra relevancia en España especialmente a raíz del año 2011, en plena efervescencia e incidencia social de la grave crisis económica, que ha afectado –y lo sigue haciendo– especialmente a la población juvenil. Ello ha caracterizado a nuestro país como el europeo con mayores tasas de

³ Para conjunto actualizado de análisis y propuestas –en las diferentes áreas de la política socio-laboral y de protección social-, *vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dir.), DURÁN BERNARDINO, M. (coord.): *Nuevas Políticas Jurídicas para el Cambio Migratorio. Tutela Jurídico-Social de los trabajadores Emigrantes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

emigración en los últimos tiempos. Aunque se trate de un fenómeno de “muchas caras”⁴, estadísticamente se ha demostrado que jóvenes y adultos son los que más emigran, prevalentemente población en edad activa y sin una finalidad necesariamente educativa o formativa, sino en la búsqueda de un empleo de mayor calidad o simplemente de un empleo.

Las primeras dificultades para un conocimiento demográfico real de este fenómeno tiene que ver con la información estadística disponible. Los datos disponibles en base a las estadísticas que elabora el Instituto Nacional de Estadística (INE) se basan en las altas y bajas padronales recogidas en las Estadísticas de Variaciones Residenciales (EVR) que se aplican a la Estadística de Migraciones (EM). Por lo tanto, las cifras anuales del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE), o del CERA (Censo Electoral de Residentes Ausentes) son instrumentos muy limitados metodológicamente, porque no son un indicador preciso ni de cuántos españoles se marchan ni en qué momento lo hicieron, dado que no hay registros fiables en los Consulados. La falta de inscripción en los registros consulares ya hace sospechar que no se perciben beneficios de la acción diplomática, lo que debería hacer replantear el apoyo real de la acción pública en tutela de la ciudadanía española en el extranjero.

La “incertidumbre” o “borrosidad” estadística” compromete seriamente la percepción y correcta estimación de la múltiples tipologías migratorias existentes, necesarias para valorar adecuadamente el peso de la emigración de autóctonos no relacionados con la previa inmigración extranjera en general (y de jóvenes en particular, que es la que más atención mediática ha recibido). Es por ello que las limitaciones en cobertura y fiabilidad de los datos registrados permite la construcción de relatos “políticamente orientados e interesados”, y no siempre asentados sobre verdadera realidad socio-demográfica del fenómeno.

Frente al “alarmismo” que ha caracterizado el tratamiento del fenómeno en los medios, así como reconociendo la falta de precisión de los datos disponibles, los resultados que arrojan las estadísticas sobre flujos de emigración desde España nos indican que siguen siendo mayoritariamente protagonizados por población “directamente relacionada” con

⁴ Vid. los trabajos publicados en ARANGO, J., MOYA MALAPEIRA, D., OLIVER ALONSO, J. (dirs.): *Inmigración y emigración: mitos y realidades*, Bellaterra, Barcelona, 2014.

la reciente inmigración internacional recibida. Se ha tratado, en buena medida, de población extranjera que regresa a sus países de origen –principalmente América Latina– (y que encaja en la figura migratoria del *retorno*) y de fenómenos de *reemigración* hacia un tercer país (con unos destinos bien diferenciados en función del originario país de origen); o bien de emigración que se ha denominado “*neohispánica*”, en referencia a la población inmigrada que ha obtenido la nacionalidad española⁵, o de “*población de arrastre*”, compuesta por los menores y adultos con nacionalidad española nacidos en España, descendientes y cónyuges, respectivamente, de los anteriores inmigrados extranjeros⁶. Resulta así patente que se estarán produciendo también fenómenos de *transmigración* y la correlativa creación de “espacios sociales transnacionales” específicos, en los que se mantendrán los vínculos con los países de origen y de destino. Pero sobre estas últimas cuestiones no hay datos estadísticos, tal como sucede con la temporalidad de las salidas, lo que nos informaría sobre la diversificación de formas pendulares o circulares de las realidades migratorias.

La situación parece confirmar, a pesar de una intensa resiliencia inicial de los extranjeros frente a la crisis, la conocida como *buffer theory*, según la cual la vulnerabilidad de los inmigrantes en el contexto de crisis hace que se vean expulsados del mercado de trabajo liberando puestos de trabajo para los autóctonos⁷.

A pesar de la presumible subestimación, los flujos de jóvenes españoles siguen por detrás, a mucha distancia, de la emigración de retorno de los extranjeros. Por tanto, la cuestión de la “nueva” emigración española no se ciñe a la emigración de los españoles “de origen”, sino que se combina con otras realidades migratorias (re-emigración de inmigrantes y de neohispánicos). Consecuentemente, y sin negar la gravedad del

⁵ Entre otros elementos jurídicos, facilitada, para descendientes de emigrados y exiliados, por la aplicación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

⁶ Cfr. entre otros, DOMINGO, A., SABATER, A., ORTEGA, E.: “¿Migración neohispánica? El impacto de la crisis económica en la emigración española”, *Empiria*, n. 29 (1), 2014, pp. 39-66.

⁷ Vid. AYSA-LASTRA, M., CACHÓN, L. (eds.): *Inmigrant Vulnerability and Resilience. Comparative Perspectives on Latin American Inmigrants during the Great Recession*, Springer, Basilea, 2015.

desempleo juvenil en nuestro país, tampoco responde al extendido arquetipo de emigración juvenil cualificada y de carácter masivo hacia países centrales europeos⁸. Es por ello que se ha hablado de una “mirada distorsionada”, que también se explica por lo alarmante de la situación socio-laboral de los jóvenes en España. Se ha considerado también que esa fijación produce un “efecto contagio”, de manera que con o sin proyecto, con o sin posibilidades reales, la emigración se impone –y se percibe- como un recurso⁹.

Dentro de su complejidad, lo cierto es que –en cuanto a su teleología- hay un cierto patrón que domina y es el de la *emigración por riesgo de desempleo* (“migrantes económicos”) a los que se presupone la existencia de un entorno –al menos “formal”- de libertad y movilidad social. Dentro de la misma, no deben desdeñarse los volúmenes de emigración por *sobrequalificación laboral relativa*. Este grupo se corresponde con la emigración forzada por un mercado laboral precario y segmentado, apoyos institucionales limitados, debilitados sistemas de innovación, así como un infraestructura económica deficiente, lo que ha conformado un excedente de población con un importante grado de cualificación que no encuentra en nuestro país una ocupación adecuada a sus capacidades y formaciones. El hecho de que se trate de trabajadores cualificados y de que recurran a la emigración como opción para realizar sus potencialidades laborales e intelectuales, tampoco les libra del riesgo de infraempleo, subempleo, degradación de las condiciones de trabajo y de la discriminación en sus diferentes formas¹⁰. Se trata de uno de los nuevos rostros de la movilidad y de la denominada *migración “forzada”*, para diferenciarla de la migración como acto voluntario y libre. Esta noción alude al “desplazamiento de personas que son literalmente expulsadas de sus territorios y que buscan acceder a medios de subsistencia y oportunidades de movilidad social, en su propio país o fuera de él, o

⁸ Cfr. Observatorio Permanente Andaluz de las Migraciones: *España, ¿País de emigración?: la imagen de éxodo, a prueba de la evidencia estadística*, Tema OPAM, n. 8, 2013.

⁹ DOMINGO, A., BLANES, A.: “Inmigración y emigración en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, *cit.*, p. 119.

¹⁰ Vid. LÓPEZ CALLE, P.: *Trabajar en Holanda: el calvario de los trabajadores migrantes españoles expulsados por el paro o el infraempleo*, Estudio n. 100, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2017.

bien personas que no encuentran condiciones de empleo acordes a su capacidad y formación en sus lugares de origen”¹¹.

Ello tiene poco que ver con las denominadas “nuevas movilidades”, migraciones de trabajadores altamente cualificados que se hubieran producido incluso al margen de la situación de crisis económica. Estas movilidades son las protagonizadas por los estudiantes, los trabajadores de alta cualificación laboral (calificadas como “*movilidades de élites*” con destino en países de alto nivel tecnológico y de rentas) y por las personas mayores con alto poder adquisitivo¹². Tampoco debe desdeñarse que en proceso de globalización tecnológica y cultural aflora y cobra auge una nueva “cultura juvenil de la movilidad”, que ya no justifica su emigración únicamente en factores laborales y cada vez son más importantes las cuestiones educativas y formativas, de tiempo libre, de búsqueda de nuevas experiencias y enriquecimiento cultural.

En todo caso, conocemos sobradamente los límites de la perspectiva neoclásica (“cosificadora” del trabajo humano) en materia de migraciones, que simplifica la misma a una decisión individual tomada por actores nacionales que buscan su bienestar emigrando a regiones donde la recompensa de su trabajo es mayor que en su lugar de origen¹³. Esta explicación es simplista porque ignora el papel de las “redes migratorias”, como el conjunto de relaciones interpersonales que vinculan a los inmigrantes, a emigrantes retornados o a candidatos a la emigración con familiares, amigos o compatriotas, tanto en los países de origen como en los de destino¹⁴.

En especial, la *teoría de las redes* es altamente explicativa de la migración cualificada en el contexto de la nueva división internacional del trabajo, donde la redes de colaboración entre profesionales cualificados crean economías de escala que motivan a los talentos a cambiar de red

¹¹ Vid. DELGADO WISE, R.: “Globalización neoliberal y migración forzada: una mirada desde el Sur”, en AA.VV., Blanco, C. (dir.), *Movilidad humana y diversidad social en un contexto de crisis económica internacional*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 35-37.

¹² PIQUERAS HABA, J.: “El mundo en movimiento. Migración internacional y globalización”, *Cuadernos de Geografía*, n. 90, 2011, p. 12.

¹³ Sobre la necesidad de combinar las diversas teorías explicativas de las migraciones, vid. MASSEY, D. S.: *Comprender las migraciones internacionales. Teorías, prácticas y políticas migratorias*, Bellaterra, Barcelona, 2017, pp. 144 y ss.

¹⁴ Vid. ARANGO VIDA-BELDA, J.: “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra”, *Migración y Desarrollo*, n. 1, pp. 2-30.

geográfica¹⁵. La nueva sociedad del conocimiento, asentada sobre una base técnico-científica de la producción, genera más empleos cualificados y especializados, mientras que los países que no sean capaces de incorporarse a la misma, van a seguir dependiendo de actividades y empleos más precarios (turismo, construcción, etc.). El resultado es una presión en los jóvenes más cualificados para emigrar hacia aquéllos sectores y/o lugares (ciudades o territorios) donde se concentra esta nueva “economía del conocimiento”, que genera más puestos de trabajo especializados o de carácter estable, y donde la rotación laboral no es problemática para estos profesionales desde el punto de vista de la duración de los períodos de transición o inactividad.

Una consideración global es que el efecto de la crisis y de la globalización ha generado en España una *emigración bimodal* en términos de cualificación profesional y educativa. Esto es, de un lado se ha producido la emigración de trabajadores con escasa cualificación y salarios bajos, mientras que, por otro, también hemos asistido a una emigración importante de personas altamente cualificadas. La emigración ha sido considerada sociológicamente como una opción para escapar de una difícil situación económica. En definitiva, es el reflejo de la consolidación de un mercado laboral transnacional cada vez más complejo y flexible, compuesto de profesionales muy cualificados para la prestación de servicios empresariales avanzados y expertos en nuevas tecnologías, pero también por trabajadores menos cualificados dentro del ámbito de la industria de servicios. Lo que se suma a fenómenos como las nuevas formas de “trabajo nómada” y de expatriación de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, que –en muchas ocasiones– solo en apariencia escapan a su consideración como migraciones.

Mientras que es “económico-laboral” la fisonomía prevalente de las salidas de nuestro país, el retorno es un fenómeno caracterizado preponderantemente por tener como protagonistas a personas en edades no activas, esto es, en edades de jubilación o cercanas a la misma. En el

¹⁵ *Vid.* DEL RÍO DUQUE, M. L.: “Un análisis de la fuga de cerebros desde la teoría de las redes sociales”, *Sociedad y Economía*, n. 17, 2009, pp. 89-113; POCHMANN, M.: “La fuga de cerebros y la nueva división internacional del trabajo”, *Nueva Sociedad*, n. 233, 2011, pp. 98-113.

contexto de ralentización de las llegadas a España, debe de considerarse también la posible demora del retorno de los españoles residentes en el exterior a consecuencia de la “crisis interna” (que ahora no es solo económica sino también de inestabilidad política).

3. Los factores “expulsivos” de nuestro mercado de trabajo

El “mercado” de trabajo en España es el ámbito que más sufrió la recesión económica, en términos de destrucción de empleo, de caída de la población activa y de escalada del paro. Este deterioro del mercado laboral ha tenido -y sigue teniendo- un claro efecto de “factor expulsivo” en el fenómeno de la nueva emigración.

Los trabajadores extranjeros representan una pequeña proporción de la población activa y una parte importante de ellos ocupan trabajos de menor cualificación, por tanto, los efectos de la crisis han sido especialmente graves en este colectivo, produciéndose un fuerte descenso de los salarios medios de los trabajadores extranjeros, al mismo tiempo que el número de ocupados se ha reducido notablemente (su desempleo está en cifras en torno a los diez puntos por encima del desempleo de los nacionales). El desempleo ha crecido de forma importante entre los trabajadores inmigrantes, más incluso que en el caso de los españoles, aunque lo cierto es que el gasto en prestaciones no ha sido significativo, dado que representan una pequeña proporción del total de beneficiarios de prestaciones, y también por el aumento de la emigración, e incluso el aumento del auto-empleo en este colectivo. No es de extrañar que una buena parte de esa nueva “emigración” hacia el exterior –a pesar de un primer período inicial de resiliencia y de estrategias familiares para permanecer en España, asentadas sobre el trabajo de las mujeres inmigrantes- venga compuesta precisamente de inmigrantes que vinieron a España en el periodo de bonanza económica, así como de los hijos de los mismos (lo que supone también la pérdida de un capital humano, dado que se han formado en nuestro sistema educativo, en sus diversos niveles).

La Inversión Directa Extranjera (IDE) y de remesas hacia España se ha convertido en una cuestión crucial, y ésta proviene de aquellos países donde los españoles emigran, especialmente de Europa y América Latina. También la reciente emigración implica un aumento de las

remesas recibidas. Por cierto, ingresos que luego no suelen revertir en servicios y prestaciones sociales para los no residentes en nuestro país, dadas las limitaciones –como veremos- de la acción social prestacional pública en el exterior.

Pero también en España se ha observado que la proporción de emigrantes cualificados ha aumentado significativamente en los últimos años. Aunque ello puede tener algunos efectos positivos como la transferencia de conocimientos y remesas, es importante para el desarrollo económico establecer incentivos para promover también el retorno de los españoles más cualificados. Una prioridad debería ser el favorecimiento de la atracción del talento perdido como consecuencia de la crisis económica, necesarios para la modernización de nuestro sistema productivo. Los esfuerzos deberían dirigirse a asentar unas bases realmente sólidas que permitan ofrecer alternativas eficaces para encarar los nuevos desafíos a los que se enfrenta nuestra realidad económico-social (la transición hacia una economía más basada en el conocimiento y en sectores de alto valor añadido). El proceso de recuperación económica exigirá, sin duda, la contratación futura de trabajadores, de modo que la pérdida de un contingente de capital humano no debe ser infravalorada.

En consecuencia, nuestra política de emigración se encuentra en una difícil encrucijada, deberíamos replantearnos seriamente lo realizado hasta el momento, o mejor dicho, la prevalente “inacción” de nuestros Poderes públicos al respecto, si realmente queremos evitar el caudal de consecuencias negativas que todo ello puede acarrear en un futuro no muy lejano. Probablemente, el capital humano que necesitamos para poder avanzar mañana, hoy lo estamos perdiendo en el camino. Lo evidente es que que hemos salido del juego de la competencia por la atracción de nuevos migrantes altamente cualificados (la denominada *clase “creativa”*), para pasar a convertirnos en un país “exportador de talento”. ¿Cómo se compensa en el país de origen la “fuga de cerebros”? No hay ningún marco que permita ese tipo de planteamientos, de nuevo a merced de la “mano invisible” del mercado. Y esa no es una situación ideal para un país con pretensiones de mejora dentro del mercado global del talento global¹⁶. El “destierro” (eufemísticamente llamado “movi-

¹⁶ Vid. KUPTSCH, CH., PANG., E. F.: *Competing for global talent*, OIT, Ginebra, 2006.

lidad externa”) reciente de parte de nuestros jóvenes mejor formados será una pesada rémora para nuestra propia recuperación económica.

Los índices de pobreza y de desigualdad han alcanzado sus niveles más altos de las últimas tres décadas, es claro que *la crisis no ha sido igual para todos*. La desigualdad en España se ha caracterizado por la reducción de las rentas mínimas y el hundimiento de las rentas más pobres; los efectos de la recesión no se han distribuido equitativamente entre los grupos de la población, hecho que ha provocado que la pobreza aumente y se dificulte la salida de la pobreza y de la exclusión¹⁷. Diversas instituciones internacionales ya han llamado la atención a España sobre estos asuntos¹⁸.

En materia de políticas de empleo, un reciente informe de la OCDE sobre España señala con claridad que debe incidir más en la creación de empleo, y especialmente en “empleo de calidad” para un crecimiento más inclusivo¹⁹. Precisamente, la “calidad del empleo” ha sido un objetivo abandonado por la política reciente laboral reformista, más obsesionada por coyunturales medidas “anti-crisis” basadas en el incremento de todo tipo de flexibilidad laboral (ahora denominada con el *oximoron* de “flexiseguridad”), lo que ha culminado con un incremento generalizado de la precariedad y de la segmentación laboral). El “Sistema Nacional de Garantía Juvenil” en España ha sido un fiasco (tratándose del país con la segunda tasa de desempleo juvenil más alta de la UE), ya ha sido evaluada -a nivel europeo- y los resultados son bastante decepcionantes²⁰.

¹⁷ Cfr. COMITÉ TÉCNICO DE LA FUNDACIÓN FOESSA: “Un país a dos velocidades. Un análisis territorial de la desigualdad, la pobreza y el desempleo”, en AA.VV., 2016. *Análisis y Perspectivas. Expulsión Social y Recuperación Económica*, Fundación Foessa, pp. 8 y 13.

¹⁸ V. gr. España está entre los principales países en los que los trabajadores han visto afectados gravemente los ingresos derivados del trabajo como consecuencia de las medidas anti-crisis, OIT: *Global Wage Report 2016/17. Wage inequality in the workplace*, OIT, Ginebra, 2016, p. 20; por otra parte, también se han incrementado las formas de lo que la OIT denomina “empleo atípico”, asociado estrechamente al riesgo de déficit de trabajo decente, *vid.* OIT: *Non-Standard Employment around the World*, OIT, Ginebra, 2016, especialmente pp. xxii, 52, 55-58 y 79.

¹⁹ OCDE: *Estudios Económicos de la OCDE. España*, marzo 2017, OECD, 2017.

²⁰ España lidera junto a Grecia el ranking de países con mayores tasas de paro de larga duración y el “Sistema Nacional de Garantía Juvenil” en España ha sido un fiasco (tratándose del país con la segunda tasa de desempleo juvenil más alta de la UE); *vid.* el Informe del TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, Informe especial n. 5/2017, Luxemburgo, 2017, p. 35, señala que el

El problema añadido consiste en que la consolidación de una cierta tasa de crecimiento económico ya no provee de empleos decentes y bien remunerados, así como tampoco permite la reducción de los niveles de pobreza en España, lo que conforma la debilidad de nuestro modelo de crecimiento, muy ligado a empleos precarios de bajos salarios, empleo de baja calidad (factores inducidos también por las propias reformas laborales), con una productividad que se adapta inversamente al ciclo económico, y con elevados índices de sobrecualificación entre los trabajadores ocupados.

En todos estos factores (desempleo, precariedad laboral, riesgos de exclusión social, etc.) son fácilmente identificables las causas y motivaciones que subyacen a los movimientos migratorios de trabajadores españoles, esto es, el origen de los factores expulsivos de nuestro mercado de trabajo nacional donde surge la decisión de emigrar. Sobre estos factores debieran de incidir especialmente las políticas de empleo y de colocación, así como las políticas laborales que deberían de reorientarse hacia los objetivos de calidad en el empleo. La reciente experiencia española emigratoria muestra los sectores de población que principalmente han venido afectados por las dificultades presentes en nuestro mercado de trabajo. En este sentido deberían de proponer, dirigir, orientar y poner en marcha políticas de empleo adaptadas a sus necesidades particulares a fin de ocuparlos en nuestro territorio. Ésta sería la mejor política activa de empleo posible frente a la emigración, como colectivos con potenciales emigrantes laborales.

Por lo tanto sería la primera garantía para que decisión de emigrar fuese verdaderamente una “decisión libre”. Hay que deslindar aquellos casos en los que las personas que deciden emigrar lo hacen por voluntad propia y no porque les “inviten a marcharse” (dadas las limitadas posibilidades de desarrollo profesional en nuestro país). Se trata de una decisión lo suficientemente importante para que, como mínimo, pueda tomarse libre y voluntariamente, pero que en ningún caso debiera encajar en la denominada migración “forzosa”. En esta dirección, los poderes públicos cumplen un papel fundamental, pero con el incesante

47% de los jóvenes españoles que ni estudian ni trabajan —los denominados “ninis”— y participaron en el programa en 2015, se encontraban en situación de inactividad pasados seis meses.

empeño de llevar a cabo políticas de austeridad no hacen sino fomentar la desigualdad, exacerbando la situación de los más débiles dentro del mercado. El Estado cuenta con una serie de mecanismos y de recursos con los que puede corregir las deficiencias y las debilidades que se han detectado en nuestro sistema, con el fin de articular soluciones más integradoras de la ciudadanía en la sociedad española.

En nuestro país, la rémora de una relegación de la función investigadora (la crisis de la inversión en I+D) y una desconexión entre las estructuras educativas respecto a las exigencias sociales y económicas ya proviene de tiempos pretéritos²¹, pero se sigue perpetuando. En este sentido, un informe del CES-España ponía de manifiesto que España se incluye entre los países alejados del objetivo de gasto en I+D respecto al PIB para 2020; se señala además que la insuficiente financiación de la I+D+i, sin ser el único problema, es una de las debilidades más evidentes del sistema español de ciencia y tecnología, y un importante escollo para mejorar la competitividad estructural de la economía. Advirtiéndose además de que este retraso “se ha agudizado a raíz de la crisis económica de los últimos años, debido a la reducción de fondos, tanto públicos como privados, que ha truncado la tendencia al incremento sostenido que venía produciéndose en los años previos”²². El CES recuerda la necesidad de reforzar la investigación, la formación específica de profesionales claves en el desarrollo científico y tecnológico, así como la conexión de la investigación con la innovación y la empresa²³. Paradójicamente, en los rankings internacionales de atracción de talento global, a España se le achaca la inadecuación de la formación universitaria en relación a la estructura económica de nuestro país²⁴.

En todo caso, el llamado exceso de titulados universitarios (o “excedente” de profesionales cualificados) no debiera de considerarse un fracaso de nuestro sistema universitario, sino más bien es el fracaso de nuestra

²¹ Cfr. CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *Una Universidad al servicio de la sociedad*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2007, p. 37.

²² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL-ESPAÑA: *La situación de la I+D+i en España y su incidencia sobre la competitividad y el empleo*, Informe 02/2015, CES, Madrid, 2015, p. 133.

²³ *Ibid.*, p. 146.

²⁴ Cfr. IMD WORLD COMPETITIVENESS CENTER: *IMD World Talent Report 2016*, Lausanne, 2016, p. 7, con una posición muy baja en “readiness” (disponibilidad de habilidades y competencias en la oferta de talento).

clase dirigente y empresarial para aprovechar ese “potencial humano”, en el contexto del vaticinado “nuevo modelo económico y productivo” que no termina de despegar en nuestro país y del que no conocemos cuáles serán sus líneas maestras. El verdadero problema no sería el “exceso de cualificación”, sino la “escasez de empleos cualificados”.

4. La “crítica” identificación de objetivos para una renovada “política de emigración”

Lo cierto es que no hay una verdadera “política de emigración”, entendida como una política con objetivos claramente definidos, que disponga del diseño de medidas coherentes y coordinadas y la correlativa infraestructura normativa e institucional actualizada a las nuevas –y heterogéneas- realidades emigratorias presentes en nuestro país.

Las migraciones –como fenómeno “total”- son un fenómeno difícilmente gestionable por parte de los poderes públicos, pues desborda el marco de actuación de un Estado individualmente considerado. La pérdida de centralidad del Estado para la gobernanza de los procesos socio-económicos es un hecho sobradamente conocido²⁵. Pero no es menos cierto que el Estado puede tener un papel, si no planificador, al menos de tutela y acompañamiento de los procesos e/migratorios.

Evidentemente, la orientación de esta política pasará por el crisol de la “visión política” –más o menos real o “construida”- sobre fenómenos para los cuales se tiene una capacidad de influencia limitada en el marco de un modelo de Estado democrático. La “emigración” –nos referimos ahora a la reciente- no está exenta de una construcción “política” de fondo, de la que dependerán las opciones en el terreno de la acción política.

En este sentido, puede considerarse como una manifestación del declive económico en general, así como de la incapacidad para amortizar la inversión realizada en formación en particular (especialmente cuando afecta a los trabajadores altamente cualificados -la denominada “fuga de cerebros”-). Aunque también ha tratado de mostrarse como

²⁵ Cfr. por todos, la obra ya clásica de HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.

“la solución”, reflejo de la eficacia de un mercado global de trabajo y testimonio de resiliencia del factor trabajo frente a las coyunturas económico-sociales (de ahí la conocida denominación del fenómeno mediante el eufemístico término de “movilidad exterior”). En consecuencia, también se ha podido jalearse la emigración como “válvula de escape” de una crisis ocupacional (en el marco de una sociedad del trabajo más precarizada) que ha situado en el “terreno del desarraigo” a muchos de los recién llegados y a una parte de los “autóctonos”. En todo caso, ha generado la idea de que existe una necesidad de nuestra economía debilitada de exportar a los trabajadores cualificados excedentes (la imagen de “fábrica de profesionales cualificados” cuyo sistema productivo es incapaz de asumir).

De no darse aquí las condiciones para el desarrollo personal y profesional habrá de favorecerse la emigración como “válvula de escape”; esto es, la visión positiva alentada desde algunas instituciones públicas (propiciada desde el discurso político). El importante papel económico de las remesas de emigrantes es un factor que cobra relevancia en esta solución. La visión contrapuesta es la concepción de la emigración como “expulsión”, vinculada a las situaciones de vulnerabilidad social²⁶. Entre estas dos concepciones se mueve la lógica de las medidas adoptables en este terreno.

El Derecho, más allá de definir comportamientos prohibidos con su correlativa sanción, también tiene una función “promocional” que no debemos desdeñar (Bobbio). El asunto central aquí se resume en estas preguntas: ¿Qué es lo que debería promoverse? ¿Cómo readaptar el despliegue institucional y jurídico frente a este fenómeno socio-demográfico?

La “nueva cuestión emigratoria” se enfrenta a tres cuestiones centrales, sobre las que la asignatura –todavía pendiente– es diseñar una política,

²⁵ Cfr. por todos, la obra ya clásica de HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.

²⁶ Un ejemplo extremo viene constituido por la consideración de la emigración/movilidad de talento científico como una especie de “diplomacia científica española”, enmarcando la situación de *brain drain* y la diáspora científica española como una estrategia diplomática deliberada, *vid.* ELORZA MORENO, A., *et alri*: “Spanish Science Diplomacy: A Global and Collaborative Bottom-Up Approach”, *Science & Diplomacy*, v. 6., n. 1, 2017; y que ha obtenido oportuna respuesta en el artículo de MORO-MARTÍN, A.: “How dare you call us diplomats”, *Nature*, v. 543, 2017, p. 289.

lo más coherente y transversal posible, que abarque fundamentalmente tres elementos:

- a) Articular los mecanismos para retener talento y garantizar que la emigración sea una opción verdaderamente voluntaria en términos socioeconómicos.
- b) Gestionar adecuadamente los procesos emigratorios, para que se realicen con las adecuadas garantías jurídico-sociales (el reforzamiento de lo que podría denominarse la “ciudadanía social extra-territorial”).
- c) Diseñar una política de retorno lo suficiente atractiva para los flujos de emigración y el capital humano perdido.

Tanto la dejación del fenómeno en manos de la iniciativa y la empresa privada (la “mano invisible” del mercado) como la atribución de toda la responsabilidad sobre su suerte a los propios emigrados (o en vías de serlo) individualmente considerados no hace sino exponerlos a nuevas situaciones de riesgo.

En apariencia, para la implementación de esta política, pudiera existir una tensión interna en el plano de los principios constitucionales, que, de un lado establecen elementos de “retención” [*v. gr.* por lo que respecta al terreno económico-laboral, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), combinado con la política económica orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE)], frente a otros que promueven la tutela y el adecuado acompañamiento de los procesos de emigración: “*El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero...*” (art. 42 CE).

En realidad, esa contradicción es más ficticia que real, pues no deben de ser orientaciones incompatibles, dado que ambas se re-conectan tanto con el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico –la libertad- (art. 1.1, en conexión con el art. 17 CE), así como muy estrechamente con el principio constitucional de “*libre desarrollo de la personalidad*” (art. 10.1 CE) y al derecho a “*salir libremente de España*” (art. 19 CE). La migración es un aspecto importante del desarrollo humano, idea que se corresponde con el principio de “desarrollo como libertad”²⁷.

²⁷ Vid. Sen, A.: *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

La movilidad es una libertad fundamental, bien que solo se haya construido jurídicamente en el plano internacional un derecho a “emigrar”, que no a residir efectivamente en el Estado de la elección individual. Debe de ser universalizable el objetivo “moral” de que los individuos puedan desarrollar libremente sus propios planes de vida (para ello, los derechos fundamentales son el instrumento político-jurídico idóneo). Por lo tanto, el derecho de a la libre circulación como *derecho a emigrar* debería re-considerarse como un derecho universal (derecho a no emigrar/ a emigrar/ a inmigrar-asentarse). Pero el Derecho Internacional general no reconoce un verdadero “derecho de migración internacional”, ni siquiera tiene un reconocimiento completo en el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que solamente consagra como derecho universal el derecho a salir del propio Estado y a regresar a ese mismo Estado. Por lo tanto, no hay verdaderamente un derecho a asentarse en el Estado que uno elija libremente, porque se reconoce que es competencia soberana de cada Estado permitir las condiciones para ese asentamiento. Hay un “derecho a emigrar” pero no un derecho a ser “inmigrante”.

Por lo tanto, y como ya he señalado, el primer objetivo de toda política de emigración es garantizar la libertad real y efectiva en la toma de la decisión, esto es, atender a la faceta negativa del derecho, traducida en unas adecuadas condiciones económicas y sociales que hagan innecesario el proyecto emigratorio para aquellos que no deseen salir de su país. Ello implicaría incidir en los factores que están en la base de las formas de emigración “forzada”. Además, supondría introducir en la agenda política, de manera decidida, las “políticas de redistribución del bienestar”, el correlativo “pacto fiscal” que hiciera un reparto más equitativo de las cargas económicas derivadas de la crisis, en términos sociales.

El otro elemento clave es la atención a la decisión y al proceso de emigrar. Siendo la emigración prevalentemente –aunque no en exclusiva– económica, la movilidad tiene el potencial de conducir al logro de mayores capacidades humanas, por lo que debe garantizarse que los emigrantes puedan desarrollar su proyecto migratorio con garantías (también jurídico-sociales). Ello supone plasmar el conjunto de los derechos sociales de la ciudadanía –en el *plano “extraterritorial”*– también a esta opción de la persona. Debe favorecerse mediante medidas jurídico-políticas

orientadas a tal fin desde la tutela de los derechos sociales y económicos, que también gozan de la cualidad de “derechos sociales fundamentales” en el marco de los diferentes instrumentos internacionales y europeos de reconocimiento de derechos fundamentales, y que deben garantizarse plenamente en los procesos emigratorios de la ciudadanía trabajadora. Hay todavía mucho margen para implementar medidas renovadoras y de refuerzo del *status* jurídico de protección social de los trabajadores españoles incursos en proyectos de emigración, tendiendo a la mejora de la efectividad del mismo, conforme al mandato del propio art. 42 CE, por el que el Estado ha de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero. Se trata de un mandato que debe entenderse renovado en conexión con la nueva realidad migratoria en España. Y para ello habrá de abandonarse el viejo estereotipo del migrante no especializado cuyo destino es ocupar los puestos menos calificados²⁸, pues esa realidad se combina con otras muy diferentes en los que nuestros emigrantes portarán y aplicarán sus competencias profesionales.

5. Hacia una política de emigración transversal: algunos elementos centrales

5.1. La libre circulación de trabajadores en la UE

Los españoles “oriundos” han dirigido sus proyectos emigratorios a países como el Reino Unido, Francia (seguida de los Estados Unidos), Alemania y muy por detrás se sitúa Suiza (conviene recordar que también una buena parte de esos flujos se relacionan con descendientes de inmigrantes). La libertad de movimiento –y especialmente la libre circulación de trabajadores (LCT)- serían un espacio migratorio idóneo como salida a la crisis de empleo. Necesariamente, la nueva emigración española debe ponerse en correlación con las políticas sociales de la UE, y ello requeriría reforzar efectivamente la LCT y la coordinación de los servicios públicos de empleo, tanto a nivel nacional como de la UE.

²⁸ Cfr. CASTLES, S.: “Las fuerzas tras la migración global”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n. 220, 2014, p. 244.

Ahora bien, en el estadio actual de la construcción europea, surgen serias dudas sobre si verdaderamente en la UE existe un espacio para la movilidad de trabajadores o solamente funciona para las élites profesionales. El principio de la libertad de movimiento, derivado de la ciudadanía europea -y no vinculado exclusivamente con personas económicamente activas que fueran capaces de mantenerse económicamente en el país de destino- es central al proyecto europeo²⁹, pero implica retos difíciles para su implementación práctica y conlleva fuertes divergencias entre los Estados miembros de la UE.

Fundamentalmente, han sido los Estados miembros del Norte de Europa los que han mostrado sus reticencias ante este principio, aduciendo que facilita el trasvase de ciudadanos de otros estados miembros, atraídos por sus generosos estados del bienestar (los largos períodos transitorios para la plena aplicación de la LCT a los trabajadores de los nuevos Estados miembros del Este han un claro ejemplo de ello). El problema es la concepción de los ciudadanos europeos que emigran a tales países -en uso de su libertad fundamental- como una “carga excesiva” para sus estados del bienestar. Ello ha espoleado los discursos excluyentes y las medidas proteccionistas (con Alemania y Gran Bretaña en la avanzadilla). Frente al denominado “turismo del bienestar” –más construido que real- se ha reaccionado con el endurecimiento de los requisitos de acceso a prestaciones sociales, así como la invocación de “primero los de casa” –sospechosamente recuerda también a la ya célebre *America first*- como justificación de las medidas que reducen tanto la movilidad como el acceso a derechos sociales de los nacionales de otros Estados miembros.

El acceso a los derechos sociales vinculados con la libertad de movimiento, *per se*, no debe de ser considerado un abuso³⁰. La construcción jurídica del ejercicio de una libertad no puede recubrirse de la sospecha de fraude. En este sentido, resultan muy inquietantes los pronuncia-

²⁹ Vid. art. 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); cfr. Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

³⁰ Cfr. COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave*, COM(2013) 837 final, Bruselas, 25 de noviembre de 2013.

mientos judiciales que han hecho “concesiones” a políticas estatales de limitación de las ayudas sociales a los ciudadanos comunitarios no nacionales, a los que –de forma más o menos mediata- se les acusa de “abusar” de los sistemas de protección social. Tales límites “excluyentes” suelen instrumentarse técnicamente a través de la exigencia de largos períodos previos de residencia o bien de la imposibilidad de acceso una vez transcurrido un cierto tiempo tras el último empleo desarrollado en el Estado miembro de que se trate.

Al servicio del derecho de la LCT -y de su mayor efectividad- se han articulado diversas herramientas desde instancias comunitarias, entre las que destaca la Red Eures, reformada y reestructurada en 2016, como instrumento de búsqueda activa de empleo a nivel europeo, entre cuyos objetivos está el de apoyar una movilidad laboral equitativa y voluntaria dentro de la UE. Estos instrumentos deberían mejorar la transparencia de los mercados de trabajo así como superar las asimetrías de información que caracterizan a los mismos.

Se puede estar perdiendo la oportunidad de reforzar los valores de libertad e igualdad sobre los que se basa la libre circulación de personas en la UE, en el complejo panorama político y de “crisis de solidaridad” que vive la UE³¹. Tanto ciertas normas como prácticas restrictivas de los Estados miembros³², así como ciertos pronunciamientos del TJUE en relación a medidas nacionales que se convalidan parecen marcar una línea de tendencia más restrictiva en relación al principio de LCT. Esto ya viene sucediendo a raíz de la una serie de sentencias, como la STJUE de 11 de noviembre de 2014, dictada en el caso *Dano* (asunto C-333/13), en la que el TJUE admitió que los Estados miembros pueden tomar medidas contra los abusos, y denegar la solicitud de subsidios sociales a ciudadanos de otros países miembros que no desarrollen una actividad económica y que ejerzan su libertad de circulación con el único objetivo de percibir una ayuda social en el

³¹ Con carácter general, *vid.* DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: El naufragio en Europa*, Tirant lo Blanch, 2015.

³² *V. gr.* la famosa cláusula *Molière* en Francia, por la que –en ciertas regiones- se obliga a hablar francés a los trabajadores que presten servicios en las empresas que realizan obras de licitación pública, en realidad, una “medida de efecto equivalente” de “preferencia nacional” –tanto de contratistas como de trabajadores- frente a la libre prestación de servicios y la LCT, bajo la coartada de la seguridad en el trabajo y de combatir el *dumping social*.

otro Estado miembro; o bien la STJUE de 15 de septiembre de 2015, en el caso *Alimanovic* (asunto C-67/14), donde se admite que un Estado miembro pueda excluir de ciertas prestaciones sociales de carácter no contributivo a ciudadanos de la UE que se desplazan a ese país para buscar trabajo. Con posterioridad, otro pronunciamiento restrictivo puede verse en la STJUE de 25 de febrero de 2016, caso *García Nieto* (asunto C-299/14). Pronunciamientos que parecen cambiar el rumbo de una jurisprudencia que hasta tales precedentes había mantenido una interpretación más extensiva del derecho de LCT para los ciudadanos miembros de la UE³³.

De hecho, podría afirmarse que, hasta que se dicta la STJUE de 19 de septiembre de 2013, caso *Brey* (asunto C-140/12), el criterio interpretativo había favorecido la ampliación del ámbito subjetivo del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE. Las limitaciones establecidas por estos nuevos precedentes jurisprudenciales parecen anticipar –y convalidar– una nueva época “regresiva”, en la que se incrementan las posibilidades de que las personas que se trasladan, con la intención de encontrar trabajo dentro del marco de la UE, tengan un tiempo limitado de caducidad para su opción migratoria, en la que la falta de recursos económicos puede erigirse como un factor determinante para excluir su derecho a fijar la residencia y buscar trabajo en un país distinto a aquel del que se procede.

Lo cierto es que la proyección de las políticas de austeridad no hace previsible el pensar que las nuevas doctrinas en las que se asienta el TJUE –con especial tutela de los equilibrios financieros de los sistemas de protección social de los Estados, esto es, la *ratio* económica frente a la *ratio* social– constituya un mero paréntesis. El viento a favor que corría en los años previos de consolidación del derecho de libertad de circulación y residencia en la UE parece haber cambiado de sentido. Las recientes respuestas normativas y jurisprudenciales ante la situación de

³³ El mensaje era claro: los ciudadanos de la Unión Europea que no ejerzan una actividad económica y que se trasladan a otro Estado miembro con el único objetivo de obtener una ayuda social pueden ser excluidos de la percepción de determinadas prestaciones sociales, incluso pueden ser excluidos de ciertas prestaciones sociales cuando se desplacen para buscar trabajo (*vid.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: *Comunicado de Prensa n. 146/14*, Luxemburgo, 11 de noviembre de 2014; *Comunicado de Prensa n. 101/15*, Luxemburgo, 15 de septiembre de 2015).

los colectivos más vulnerables muestran escasa sensibilidad hacia graves situaciones de necesidad que agrietan la solidez -política y moral- del proceso de construcción europea³⁴.

Lo más preocupante es que, como se ha puesto de manifiesto, no existe evidencia empírica, a pesar del eco que el discurso del turismo asistencial ha encontrado en los medios, de que los ciudadanos europeos en situación de movilidad abusen de las prestaciones sociales. Los estudios indican que el impacto real de la movilidad intraeuropea en las sociedades del Norte de Europa es modesto y dista mucho de ser motivo de alarma. Entre otras cuestiones, porque una mayoría de los ciudadanos de la UE que residen en otros Estados miembros son jóvenes, lo que implica que no recurren a pensiones de vejez y hacen un menor uso de los servicios sanitarios, lo que tiene también como consecuencia la contribución neta de los inmigrantes comunitarios residentes en otros estados miembros³⁵.

Algunas cuestiones más preocupantes derivan del creciente –e “interesado” por ciertos sectores políticos- confucionismo entre el ejercicio de esta libertad fundamental en la UE y las cuestiones relativas a la inmigración económica y a la problemática de los refugiados, así como los brotes xenófobos presentes en ciertos países de la UE.

5.2. Política de empleo y estatuto de la ciudadanía española en el exterior

La gran asignatura pendiente a nivel nacional es el diseño de una adecuada tutela para las personas que inician proyectos migratorios, con apoyo real y efectivo en la búsqueda de empleo y servicios efectivos de información y asesoramiento sobre –y en- el país de destino seleccionado. En este sentido, se puede constatar la falta de desarrollo de una auténtica *política de empleo para emigrantes*, aquejada también de la escasa financiación pública, que se refleja tanto para la inmigración

³⁴ Frente a esta tendencia, la doctrina del TEDH (Estrasburgo) se mueve en una línea contraria, reforzando la no discriminación por razón de nacionalidad a un terreno –como el las prestaciones asistenciales o no contributivas- que apenas penetra en el Derecho de la UE, *vid.* STEDH de 8 de abril de 2014 (caso *Dhabbi v. Italia*).

³⁵ Cfr. BRUQUETAS, M., CLARO, I., GARCÍA, E.: “Evolución política y normativa sobre inmigración y asilo en la Unión Europea”, en AA.VV, *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la Inmigración en España 2014, cit.*, pp. 84-85 y la bibliografía allí citada.

–y su integración social- como para emigración. Se demuestra así la incoherencia del discurso político, aparentemente sensible al fenómeno, aunque en la *praxis* política se actúa reduciendo la inversión para la atención a los emigrantes.

Los programas en el marco del estatuto de ciudadanía española en el exterior (ECEX) no abordan la problemática específica del empleo. Proceso que debe implementarse también con el desarrollo de planes y programas –estatales y de CCAA- específicos para apoyar y tutelar la emigración de ciudadanos nacionales³⁶.

La labor de los Servicios Públicos de Empleo, en lo relativo a la emigración de los trabajadores nacionales, se ha venido incrementando de manera importante en los últimos años, sobre todo atendiendo a los nuevos perfiles de nuestra emigración y a las necesidades en materia de empleo que afecta a colectivos concretos como los jóvenes. Pero se trata de una acción pública, en una buena medida, “pendiente de construir”. En cualquier caso, destacan, por encima de otros instrumentos, las herramientas informativas que han puesto en marcha dichos servicios que, si bien, se suponen que deben de actuar en esta materia, como en otras, de manera coordinada, ésta consiste, en gran medida, en la remisión de los organismos autonómicos a lo previsto por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Sin embargo, lo que sí parece que es absolutamente necesario, y que aparenta dar pasos en una buena dirección, es la coordinación entre las distintas instancias competentes, fundamentalmente la Dirección General de Migraciones y el SEPE.

En este sentido, también se hace necesario revisar el papel institucional de la red diplomática y su funcionalidad para el apoyo en la búsqueda de empleo y apoyo a los trabajadores emigrantes nacionales (en sus

³⁶ Los acuerdos internacionales -bilaterales o multilaterales- para promover los flujos emigratorios a países con déficits de determinados tipos de profesionales cualificados también deben ser objeto de atención, con una evaluación del impacto real de tales acuerdos y sus resultados. Hasta ahora quizá lo único que ha operado es la “bilateralidad” con países que tenían déficits de cierto tipo de profesionales en sectores como la sanidad y la ingeniería, lo que recuerda al modelo del “trabajador invitado” (*Gastarbeiter*). Es una estrategia que solo “aparentemente” beneficia al país emisor y receptor, pues aunque dreña el mercado de trabajo de aquél, le priva de una fuerza de trabajo que sería beneficiosa para su sistema productivo (le encierra en la trampa del “infra-desarrollo”). Además, es un modelo que también profundiza en la promoción de la migración “selectiva” y que ahonda la diferencia de tratamiento entre los grupos “buscados” y las categorías de personas “no deseadas”.

proyectos migratorios profesionales), así como actualizar las medidas de fomento de la acogida de los emigrantes por parte de los agentes implicados en los países de destino.

La LECEX constituyó, sin duda, una apuesta clara acerca del reconocimiento del capital social que suponen los emigrados españoles para España. Pero se debe evitar que los recursos de apoyo con los que cuentan las personas españolas que residen de forma habitual en el extranjero y que emigraron -o emigran- por razones socio-económicas (de forma preferente) sea meramente formal o aparente. En este contexto, la función que corresponde a los consulados y oficinas diplomáticas españolas en el exterior es (o debería ser) fundamental, al tratarse del cauce a través del cual se lleva a cabo esta política española de protección y salvaguardia de los derechos de las personas emigradas españolas en el extranjero. En particular, cuando se trata de sus funciones relacionadas con el empleo y con la protección social, tienen atribuidas una importante misión conforme a los actuales arts. 18 y sigs. LECEX. Sin las funciones de información, asesoramiento y canalización de las ayudas que se ponen en marcha por el Gobierno de España que desempeñan las citadas oficinas, no sería ni tan siquiera viable articular la citada política. Ahora bien, no pueden considerarse suficientes, al haber cambiado de forma importante las circunstancias socio-económicas de España (especialmente a partir de 2008) y, por tanto, encontrarse un número cada vez más importante de españoles en el extranjero, en especial jóvenes, en busca de oportunidades laborales que no encuentran en España.

Con carácter general, se hace necesario diferenciar al menos dos fenómenos que confluyen en la salida de trabajadores. De un lado, la emigración económica “forzosa”, donde ciertamente el papel del Estado es limitado para abordar el fenómeno (en general, para abordar cuestiones económicas globales y sus correlativas consecuencias sobre los movimientos de personas). Lo cierto es que la crisis, combinada con la globalización económica, también ha inducido procesos de deslocalización/desterritorialización – e internacionalización- de muchas empresas que desempeñan su actividad en mercados extranjeros. Por tanto, la emigración cualificada en España también ha venido propiciada porque las empresas se focalizan cada vez más en mercados con mayor potencial de crecimiento (mayor volumen de negocio fuera de España).

Es muy necesaria la revisión de las políticas jurídicas socio-protectoras del desplazamiento transnacional de trabajadores y del marco normativo de tutela de los derechos de los trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. La vertiente de la “expatriación” de trabajadores (y del agente “empresa”, en gran medida “autorregulado” para estas cuestiones) en el fenómeno de emigración no cuenta con referencias o bases normativas en la LECEX, al menos un conjunto principios que guiasen el estatuto jurídico-laboral de los expatriados. Esta dimensión no está presente en la LECEX, y debería reformularse como apoyo a las experiencias de internacionalización de empresas españolas en el exterior. La internacionalización y globalización de las actividades económicas y empresariales, y la correlativa apertura a mercados internacionales de la empresa española, también conlleva el desplazamiento o traslado de trabajadores nacionales a los países donde se desarrolla las prestaciones de servicios. Surge la exigencia de garantizar la tutela jurídico-social para los ciudadanos trabajadores desplazados en dichos procesos.

Así pues, la expatriación en el marco de una relación laboral que se mantiene es un subtipo de emigración –o desplazamiento, si tiene carácter más temporal o coyuntural- donde la tutela debe centrarse en que no conlleve una degradación de condiciones laborales. Esta es una dimensión –abandonada en gran medida a la propia política empresarial- a reforzar en el ECEX; más allá de las limitadas previsiones del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.4 LET), o de los condicionantes derivados de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, que solamente tiene aplicación en el ámbito de los que se produzcan en el seno de la UE (cfr. Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional)³⁷.

El ECEX ha tenido un desarrollo escaso, con la práctica ausencia de elementos novedosos, lo que nos permite seguir considerándolo como una regulación eminentemente programática, todavía necesitada de impulsos políticos para su desarrollo efectivo. Los recursos a los que se

³⁷ Norma interna de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

tiene acceso a través del Portal de la Ciudadanía Española en el Exterior, que recibió regulación en el Estatuto, son meramente informativos. Por otro lado, es considerable la importancia que institucionalmente se otorga a las asociaciones de emigrantes españoles en el exterior o retornados, al convertirlos en actores privilegiados que canalizan demandas, actualizan información sobre la situación y características de las comunidades de españoles emigrados y son sujetos principales de las ayudas y subvenciones para la promoción y ejercicio de sus funciones. Ello ha producido la canalización de subvenciones vía asociacionismo donde aparece el binomio entre *destinatario* (el colectivo de emigrantes) y el *beneficiario* (la entidad gestora) en el régimen de ayudas³⁸. Sin negar la virtualidad del asociacionismo como un importante elemento de acompañamiento y de apoyo en los procesos migratorios, no resulta aceptable que se aproveche de esas redes –que pueden estar más o menos institucionalizadas, o tener unos relativos índices de afiliación- para dejar de asumir verdaderas funciones “públicas” que le corresponden a nuestra Administración Pública.

La actuación de las CCAA en la política de emigración es fundamental por el heterogéneo conjunto de competencias que tienen asumidas. No obstante, las funciones que las CCAA³⁹ puedan asumir en este ámbito deben de entenderse como complementarias -y no como sustitutivas- de las que le corresponde el Estado, en el ejercicio de la competencia exclusiva (como en la práctica se viene produciendo hoy día, generando la impresión de que la materia viene regida por un hipotético principio de subsidiariedad), a excepción de que se modifique nuestra Carta Magna. A pesar del deber de colaboración interadministrativa que debería regir la materia, cada territorio desarrolla su actuación de forma unilateral e independiente, lo que provoca que los servicios, prestaciones y ayudas que vienen prestando a los españoles en el exterior sean igualmente dispares y heterogéneas, muchas veces no acompañadas de un análisis introspectivo de la incidencia real de este fenómeno en cada territorio, lo que facilitaría la armonización de la intensidad y extensión de las

³⁸ Cfr. la Orden ESS/1613/2012, de 19 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior y retornados.

³⁹ Para esta cuestión, *vid.* PAUNER CHULVI, C.: *La ciudadanía autonómica en el exterior: Comunidades Autónomas y emigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

medidas a adoptar en este ámbito. Los motivos de regulación presentes en las actuaciones autonómicas son diferentes, en algunos casos, se limita prevalentemente al reconocimiento de prestaciones asistenciales. Pero no hay verdadera coordinación y cooperación entre las CCAA y el Estado en esta materia y los órganos previstos en la LECEX han resultado en la práctica inoperativos (la Conferencia y el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior). Es necesario dotar al sistema de mayor coordinación entre los diversos servicios públicos implicados en una política “transversal” como es la referida a la ciudadanía española en el exterior.

Importa destacar que no todas las medidas han ido en la dirección de reforzar el ECEX, *v. gr.* en base a un discutible criterio de racionalización económica y bajo la coartada de evitar el “turismo sanitario”, a partir del 1 de enero de 2014, como consecuencia de la entrada en vigor de la LPGE para 2014, se priva del derecho a la cobertura sanitaria a las personas desempleadas que, habiendo agotado la prestación o subsidio de desempleo permanecen residiendo, a lo largo de un año natural, fuera de nuestro país por un período superior a los noventa días naturales⁴⁰.

5.3. La necesidad de revisar la actividad prestacional en materia de asistencia social

La aprobación del ECEX supuso un avance notable en el reconocimiento y sistematización de los derechos sociales de los españoles residentes en el exterior y retornados. Su ratio político-jurídica manifiesta la necesidad de la “*extraterritorialización del Estado social*” y la exigencia de tutela social fuera del territorio español, puesto que no hay razón para no extender el principio de igualdad en este tipo de situaciones.

Por todo ello, la consolidación del ECEX debería ir complementado por un *conjunto de ayudas -de tipo asistencial- para mejorar las condiciones*

⁴⁰ La consecuencia práctica es que esta reforma excluye la asistencia sanitaria para los emigrantes españoles también. De esta manera, se cuestiona así gravemente el derecho a la salud del ECEX (el art. 17.1 LECEX establece que los españoles residentes en el exterior “*tendrán derecho a la protección a la salud... que, en todo caso, tendrá por finalidad la equiparación con las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*”); realmente, noventa días no es un tiempo excesivamente amplio como para considerar que ya se tiene residencia en otro país, ni que tampoco sea un tiempo muy dilatado como para permitir encontrar un empleo adecuado en otro Estado.

en los países de destino, en los casos en que sea necesario, esto es, la extensión del Estado de bienestar también en el exterior. No se debe dejar de ser “ciudadano” –tampoco en la perspectiva de la “ciudadanía social”- cuando se reside en el exterior, lo que obliga a una acción extra-territorial del Estado social. Se impone una re-lectura actualizada de marco constitucional y sus correlativas implicaciones, reformulando, en su caso, los derechos sociales presentes en la legislación estatal y autonómica sobre ciudadanía en el exterior. Sin embargo, en lo que a la protección social de carácter asistencial se refiere, sus efectos siguen siendo limitados por destinarse a una realidad emigratoria diferente a la que existe en nuestros días.

En el caso de las *prestaciones por razón de necesidad*, éstas han estado diseñadas para su aplicación en países muy concretos donde los sistemas de protección social son bastante precarios⁴¹. Asimismo, y entre otros muchos aspectos criticables, la regulación de las prestaciones asistenciales (ancianidad, incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y asistencia sanitaria) dispensa un trato discriminatorio a los españoles que hayan adquirido la nacionalidad frente a los que la ostentan de origen (al impedir a los primeros el acceso a las prestaciones por razón de necesidad).

Es destacable la inexistencia de ayudas pro-activas orientadas a la formación, recualificación y búsqueda de empleo en el país de destino. Por tanto, las prestaciones asistenciales se caracterizan por ser una tutela minimalista, orientada a personas inactivas y sin elementos proactivos que puedan favorecer su integración sociolaboral (esto, es al margen de la política de empleo). Las nuevas emigraciones que se están dando en nuestro país pueden suponer un buen momento para repensar la política de asistencia social adoptada hasta el momento, la cual ha estado muy vinculada a la realidad de la emigración económica anterior a la democracia. Quizás convendría también diseñar un conjunto de medidas asistenciales de acuerdo a las necesidades de una realidad migratoria todavía joven y poco consolidada.

⁴¹ V. *gr. vid.* RD 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados; cfr. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Las prestaciones de “asistencia social” del Estado”, *Revista de Información Laboral*, n. 21, 2008, pp. 2 ss.

5.4. La centralidad de la protección de Seguridad Social en movimientos transnacionales

Los desplazamientos internacionales de personas influyen de manera decisiva en los derechos de Seguridad Social. Las migraciones deben venir acompañadas de medidas específicas de Seguridad Social, al objeto de que la falta de cooperación en la materia no pueda actuar como factor disuario para los proyectos migratorios individuales. En este sentido, cobran especial importancia de los convenios bilaterales y multilaterales que permitan: el cómputo de las cotizaciones en los diversos Estados donde se ha trabajado a la hora de generar derechos prestacionales; la posibilidad de exportación de tales prestaciones; así como permitir el cobro de prestaciones en el país de elección del beneficiario.

El Derecho internacional que coordina estas cuestiones relativas a la Seguridad Social de los emigrantes parte de la necesidad de regular sus situaciones al objeto de —a pesar de su periplo profesional internacional— estén protegidos, al menos, del mismo modo que los trabajadores nacionales y que su emigración no produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos (o por adquirir). En este sentido, el *mantenimiento de los derechos adquiridos* constituye un principio esencial de la coordinación de la tutela de Seguridad Social. Es el principio que permite a los migrantes beneficiarse, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando dejen de residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

De todos modos, el principio tiene sus límites, v. gr. respecto a las prestaciones asistenciales (no contributivas), que difícilmente podrán exportarse, ya que, al estar sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas vía impositiva, sólo podrán disfrutarse cuando se resida efectivamente en el país que las concede. Éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga.

La conservación de derechos en vías de adquisición presenta una problemática peculiar, pues, cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los periodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno

o más países de destino, la solución más común viene dada por el *principio pro rata temporis*, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

De ahí la necesidad de la coordinación de distintos sistemas nacionales mediante normas convencionales, con el fin de evitar que el trabajador o trabajadora que se desplaza de un país a otro por motivos profesionales, vea suprimidos sus derechos en materia de prestaciones sociales, sin que esto afecte a las legislaciones internas de dichos países. Al respecto, España es uno de los países que más Convenios tiene firmados en materia de Seguridad Social, concretamente con 23 países no comunitarios, y aunque todos ellos adoptan una estructura bastante similar, este elevado número de Convenios implica la existencia de lógicas diferencias en sus contenidos, y por tanto, que los mismos tengan un mayor o menor alcance en cuanto a los niveles de protección de emigrantes españoles o emigrantes de los otros países firmantes.

En este sentido, sería conveniente tratar de establecer un “modelo tipo” (una norma convencional única y uniforme en cuanto a la extensión de la protección social dispensada y las prestaciones reconocidas), cuyas disposiciones y configuración fuesen comunes y extensibles a todos los países con los que España tiene firmados Convenios bilaterales, y cuyo contenido estuviese en armonía con las directrices contenidas en los Reglamentos de coordinación del Derecho Comunitario. El establecimiento de un único tipo de Convenio suprimiría las diferencias y desequilibrios actuales, evitando así la dispersión existente en materia de Seguridad Social, siendo una garantía social para los trabajadores españoles que trasladen su domicilio a alguno de estos países por motivos profesionales.

Una especial mención merece la cuestión de la protección de los desempleados. Toda la UE ha sufrido –cierto que especialmente los países del Sur– el azote del desempleo, lo que ha puesto en peligro la estabilidad política de la eurozona y su cohesión social. Ello ha suscitado una preocupación a nivel comunitario, que ha tenido su respuesta en la adopción de diversas estrategias coordinadas entre los países miembros en materia de Seguridad Social. En relación con el *desempleo*, el régimen de “exportación” se desarrolla en los arts. 63-65 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y en los arts. 55 y 56 del Reglamento (CE) núm.

987/2009. Las normas de Seguridad Social supeditan el derecho a la protección por desempleo al principio de territorialidad, por lo que se condiciona su aplicación al hecho de que sus destinatarios deban cumplir con los requisitos que se encuentran previstos en cada uno de los Estados miembros. Ello ha planteado en la práctica multitud de conflictos entre los Estados miembros a la hora de determinar quién es el país competente para abonar dichas prestaciones, lo que ha limitado gravemente el principio de libre circulación al desincentivar a los migrantes a retornar por miedo a no poder obtener una prestación por desempleo que cubra sus necesidades básicas. Debieran superarse las insuficiencias del régimen regulador de la Seguridad Social comunitaria a fin de mejorar su alcance para la remoción de obstáculos que favorezcan la movilidad intracomunitaria de los trabajadores.

Se debe llamar la atención sobre la necesidad de plantear un verdadero *sistema común europeo de protección por desempleo* a escala de la UE, que incremente la solidaridad entre los Estados, como herramienta también de estabilización económica, especialmente para afrontar -de manera más redistributiva entre los Estados- los efectos sociales asimétricos de los *shocks* económicos⁴².

6. Las políticas de retorno: un marco desigual necesitado de adaptarse a las nuevas realidades migratorias

Una adecuada política de apoyo a los emigrantes no puede desatender la perspectiva de promover –o al menos “facilitar”- el retorno de los trabajadores que abandonaron nuestro país en la búsqueda de mejores oportunidades. Desde la teoría del *capital humano*, la salida de trabajadores cualificados es percibida como una pérdida de capital cualificado necesario para nuestro propio progreso económico. La principal dificultad que encuentran los nacionales que retornan es su desconexión con el mercado de trabajo local (así como, en algunos casos,

⁴² Sobre sus posibles modalidades de implementación, *vid.* DULLIEN, S.: *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays?*, Comisión Europea, diciembre 2013; “An unemployment insurance scheme for the euro area”, *Trésor-Economics*, n. 132, junio 2014.

la carencia de recursos suficientes para hacer frente a las necesidades vitales más elementales). Por esta razón, las medidas de empleo deberían ir dirigidas a facilitar el acceso o reinserción laboral en el mercado de trabajo. La política de retorno se conforma como un imperativo constitucional de la política migratoria (*ex art. 40.2 CE*), y su base legislativa se contempla en el art. 28 LECEX. Asimismo, a nivel autonómico –y en el marco de las “ciudadanías” autonómicas- se promueve mediante ayudas y subvenciones, la elaboración de guías y otro tipo de medidas⁴³. Lo cierto es que las medidas adoptadas en el plano autonómico son prevalentemente programáticas e informativas y también en este plano se observan diferencias muy significativas en cuanto a la “sensibilidad” política en cada una de las CCAA. Ante este escenario, resulta necesario y urgente diseñar y ejecutar una *política de retorno integral*, para lo que será indispensable el compromiso de las instituciones a nivel estatal, sin dejar recaer todo el peso en la acción autonómica, lo que requeriría de un especial esfuerzo de coordinación en materia de empleo y atención social. Una política coherente y coordinada de retorno no puede ser meramente dependiente de los programas específicos y dispares que desarrolle cada una de las CCAA.

Si hasta ahora el retorno se había centrado más en el perfil de personas que ya no estaban vinculadas con el mercado de trabajo y sus correlativas necesidades en materia de asistencia social⁴⁴, en el nuevo contexto resultan necesarias también estrategias para tratar de recuperar el capital humano necesario para reactivar una economía más competitiva en el contexto global. Se trata de facilitar que nuestro país compita por la atracción del talento global. Además, el diseño de esta política integral –y su correlativa instrumentación normativa- que promueva el retorno de emigrantes a nuestro sistema productivo, debiera nutrirse el método comparado de *benchmarking* para asumir las fórmulas más exitosas de atracción de talento global.

⁴³ Vid. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “La política de retorno para los emigrantes españoles. Reflexiones sobre la viabilidad de la exportabilidad del modelo español a otros Estados”, *RMEySS*, n. 105, 2011, pp. 199 y ss.

⁴⁴ Cfr. DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Y. M.: “La emigración de retorno: un fenómeno de actualidad”, *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n. 11, 2003, pp. 149 y ss.

MIGRACIONES, DERECHOS Y DIGNIDAD HUMANA

DRA. MÓNICA ARENAS RAMIRO

Profesora contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Estados y movimientos migratorios.
3. Las continuas violaciones de los derechos de los migrantes.
4. Nacionalidad, ciudadanía y principio de universalidad de los derechos.
5. Conclusiones: el reconocimiento de una Europa multicultural

PALABRAS CLAVE:

Ciudadanía, Derechos Humanos, Dignidad, Migraciones, Nacionalidad

RESUMEN:

El presente trabajo analiza cómo los movimientos migratorios y el cambio que consecuentemente están experimentando nuestras sociedades, así como la respuesta que están dando los Estados con sus políticas migratorias a los mismos, ponen en tela de juicio la afirmación universal de que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos. La recurrente vinculación de tenencia y disfrute pleno de derechos con el arcaico concepto de nacionalidad y ciudadanía ponen en evidencia la falta de adecuación al Derecho internacional de los derechos humanos y al principio de universalidad que lo rige. Se hace necesario actualizar el concepto de ciudadanía

situando la igualdad y la dignidad personal como motores del cambio, reconociendo y respetando la multiculturalidad de nuestras sociedades.

MIGRATIONS, HUMAN RIGHTS AND PERSONAL DIGNITY SUMMARY

This paper analyzes how migratory movements and the change that our societies are consequently experiencing, as well as the response that the States are giving with their migratory policies, call into question the universal affirmation that all human beings are born free and the same in dignity and rights. The recurrent link of possession and full enjoyment of rights with the archaic concept of nationality and nationality reveals the lack of conformity to international law of human rights and the principle of universality that governs it. The concept of citizenship needs to be updated, placing equality and personal dignity as drivers of change, recognizing and respecting the multiculturalism of our societies.

KEYWORDS:

Citizenship, Migrations, Human rights, dignity, Nationality,

CONTENTS:

1. Introduction.
2. States and migratory movements.
3. The continuous violations of the rights of migrants.
4. Nationality, citizenship and the principle of universality of rights.
5. Conclusions: the recognition of a multicultural Europe

* * * * *

1. Introducción

De la mano de los movimientos migratorios asistimos a un proceso de globalización de los derechos. En este sentido, la protección de los derechos humanos se convierte en un “bien jurídico global”, que debe contar con la protección internacional correspondiente¹. Sólo de esta

¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional”, en *AFDUAM*, 16 (2012), pp. 91-108 (p. 92), quien se refiere a que los derechos cruzan las fronteras.

forma, bajo el paraguas de la universalidad que protege a los derechos humanos podremos garantizar la dignidad personal de sus titulares, lo que se convierte en prioritario cuando estamos hablando de los derechos de las personas migrantes.

A 1 de enero de 2016, había 35,1 millones de personas nacidas fuera de la Unión Europea viviendo en un Estado miembro, pero también había 19,3 millones de personas que habían nacido en un Estado miembro de la UE distinto de aquel del que eran residentes². En la actualidad casi trescientos millones de personas son migrantes, y en los últimos tres años, casi dos millones han llegado a Europa dentro de esos movimientos migratorios³.

Estos flujos migratorios, la globalización y el mercado capitalista en los que estamos inmersos demuestran que el perfil de nuestras sociedades ha cambiado en tanto que ya no vivimos en un entorno donde todos somos iguales y tenemos los mismos derechos⁴. En España, por ejemplo, en apenas 25 años nuestra sociedad ha cambiado y la diversidad de nuestra población es patente, pasando de ser “*una sociedad de inmigración a ser una sociedad caracterizada por su diversidad*”⁵. Vivimos en sociedades plurales que se encuentran con el problema de regular dicha pluralidad y, sobre todo, la convivencia de los sujetos que las integran.

En este contexto, las políticas de gestión de la migración actuales que se basan en evitar y reprimir las corrientes migratorias y en distinguir los derechos que tienen sus ciudadanos, sus nacionales, frente a los de

² Datos extraídos de Eurostat. En el caso de España, con datos del INE extraídos de las cifras de población a 1 de enero de 2017, durante 2016 España registró un saldo migratorio positivo de 89.126 personas. La inmigración aumentó un 21,9 %, mientras que la emigración descendió un 4,6 % respecto al año anterior.

³ *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2015*, de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

⁴ En este sentido, vid. SUSÍN BETRÁN, R. “Inmigración y muros de xenofobia. La necesidad de activar el diálogo”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 6, 2017, pp. 23-32 (p. 23). Y en el mismo sentido, sobre los nuevos fenómenos sociales que conllevan estos movimientos migratorios, vid. BAUBÖCK, R., *Transnational Citizenship: Membership and Rights in International Migration*, Ed. Edward Elgar, Aldershot, 1994. Algún autor como BECK habla de la migración internacional como uno de los riesgos de la sociedad globalizada (vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 48-53). Nosotros preferimos entender que no son tanto riesgos o inestabilidad socioeconómica y debilitamiento de la identidad cultural, sino que representan un cambio y todo cambio supone siempre un acto reflejo de rechazo inicial basado en el miedo.

⁵ MANZANEDO, C., “Las migraciones en la España actual”, en *Revista Crítica*, n° 994, 2014, pp. 22-26 (pp. 22 y 25).

los migrantes, no sólo representan negar la realidad de las cosas, sino que supone alejarnos de los valores clave en una democracia y en un Estado de derecho; valores, entre los que se encuentra el respeto de la dignidad humana.

Debemos plantearnos qué nos ha hecho llegar a este extremo en tanto que los flujos migratorios son una constante en la historia de la humanidad⁶. Pero actualmente, si analizamos la cuestión migratoria desde el punto de vista de los derechos humanos -desde el punto de vista del principio de universalidad que los mismos llevan implícito- podremos hacer fácilmente visibles el control y la criminalización de la migración existentes en este terreno, que lesionan la dignidad humana de los migrantes, contraviniéndose las exigencias internacionales en materia de derechos humanos⁷. De esta forma, asistimos en nuestras sociedades a “*un “hueco de ciudadanía” en el que los no ciudadanos (los migrantes)... encuentran en los derechos humanos una herramienta de lucha*”⁸. Por este motivo, nuestro estudio se centra en la perspectiva de los derechos humanos y el principio de universalidad de los mismos.

En nuestro análisis debemos realizar dos observaciones necesarias para entender tanto la postura de los Estados ante la migración, como para poder buscar una solución a los problemas detectados ante dicha postura. Así, previamente debemos entender que los derechos de los migrantes se otorgan en función de su situación administrativa en el Estado correspondiente, vinculándose a los conceptos de ciudadanía y nacionalidad. Nos olvidamos de que los derechos humanos “*se otorgan en razón de poseer humanidad y no una nacionalidad*”⁹, y que el control de las migraciones, de los movimientos migratorios, no puede efectuarse a cualquier coste¹⁰.

⁶ Así se puso ya de manifiesto en la llamada “Agenda Europea de Migración”. Al respecto, vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. una Agenda Europea de Migración (Bruselas, 13.5.2015. COM(2015) 240 final).

⁷ CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia la Unión Europea y España. Debates, análisis y reflexiones en clave de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Cotidianos-NESOP*, nº 4, vol. I, 2016, pp. 61-91 (p. 61).

⁸ ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración”, en *Revista Mexicana de Sociología* 78, nº 1 (enero-marzo), 2016, pp. 61-87 (p. 70); con referencias a BRYSK, A / SHAFIR, G., *People Out of Place: Globalization Human Rights, and the Citizenship Gap*, Routledge, Nueva York, 2004.

⁹ BRYSK, A / SHAFIR, G., *People Out of Place....*, *op. cit.*.

¹⁰ MANZANEDO, C., “Las migraciones en...”, *op. cit.*, p. 23.

Y por otro lado, antes de continuar debemos hacer aquí una breve matización sobre el concepto de migrante¹¹, en tanto que el mismo se incluye dentro del grupo de “*personas en movimiento*”¹², junto con los solicitantes de asilo y los refugiados, y en tanto que las políticas migratorias europeas, así como la de los Estados miembros, tienden a ofrecer la misma solución a todos ellos. Todos ellos son personas que residen fuera de sus lugares de origen, pero somos conscientes de la diferencia de los colectivos que integran a estas personas en movimiento, dado que las causas que motivan a una persona a emigrar pueden ser muy diversas¹³. Así, aunque la solución que proponemos se puede aplicar a todos ellos, nos centraremos en nuestro estudio en el colectivo de los migrantes.

2. Estados y movimientos migratorios

Es innegable que Europa se enfrenta a una crisis migratoria sin precedentes y sus Estados miembros se esfuerzan por ponerse de acuerdo sobre la actitud a adoptar. La decisión que tomen se va a reflejar en sus políticas migratorias, recogidas en sus leyes de extranjería, esto es, en aquéllas normas donde se reconocerán derechos a las personas migrantes¹⁴, que en el caso español son la conocida Ley Orgánica de Extranjería y la Ley de Asilo, esencialmente¹⁵. La respuesta de Europa

¹¹ Según la OIM, “*A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante.” Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias*” (Datos extraídos del Glosario sobre Migración de la Revista *Derecho Internacional de la Migración*, n° 7, 2006).

¹² RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de Europa: reflexiones feministas entorno a la crisis de las políticas migratorias y de asilo”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 29, 2017, pp. 143-164 (p. 145).

¹³ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones, al amparo del régimen internacional de los Derechos Humanos. Utopías concurrentes”, en *Colombia Internacional*, n° 88, 2016, pp. 213-229 (p. 225), con referencia a BROWN, O., *Migración y cambio climático*, Serie de Estudios de la OIM sobre la Migración, n° 31, OIM, Ginebra, 2008, p. 18.

¹⁴ Sobre esta cuestión, vid., también, por todos, LUCAS MARTÍN, J. DE, “Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis”, en *Teoría y Derecho*, n° 12, 2012, pp. 142-163.

¹⁵ Vid., Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social; y Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

se reflejó en la llamada “Agenda Europea de Migración”, que recogía no sólo los retos inmediatos a la crisis que comenzó en 2015, sino que indicaba los instrumentos necesarios para gestionar la migración tanto a medio como a largo plazo, centrándose en cuestiones como la migración irregular, las fronteras, el asilo y la migración legal¹⁶. Dicha Agenda ha ido consiguiendo sus objetivos, como indicaremos posteriormente, pero habrá que analizar a qué coste.

Aunque podemos decir que las personas migrantes han visto cómo sus derechos se veían garantizados sobre el papel porque previamente los Estados habían reconocido en sus ordenamientos jurídicos, mediante las mencionadas normas, las obligaciones contraídas a nivel internacional al reconocer los derechos recogidos en las Declaraciones y Tratados internacionales vigentes, no es menos cierto que en dichos Estados, como en Europa, se sigue vinculando la tenencia y disfrute de los derechos al concepto de ciudadanía o nacionalidad, lo que finalmente, provocará no sólo una ruptura social entre personas que tienen y disfrutaban derechos y las que no, sino que, además, se lesionará -con difícil justificación- la dignidad de estos últimos, el eslabón más débil¹⁷.

La vinculación e identificación entre ciudadanía y nacionalidad y pleno disfrute de los derechos reconocidos en los correspondientes

¹⁶ El 13 de mayo de 2015, la Comisión Europea propuso su estrategia en materia migratoria. Vid. Comunicación de la Comisión, de 13 de mayo de 2015, al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Europea de Migración (COM 2015 (240 final)). Esta Agenda es una respuesta a la política sobre migración que tiene la Unión Europea y que “mete en un mismo saco” asilo, migración y control exterior de fronteras, en íntima conexión con la libre circulación de personas. No obstante, debemos lamentar que a pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21 CDFUE) reconozca la prohibición de discriminación en la Unión, con el pretexto de impedir la inmigración irregular los propios Tratados Constitutivos atribuyen a los Estados la competencia para establecer el volumen de inmigrantes que quieren recibir, así como las condiciones de entrada, salida y los derechos a disfrutar para quienes residan en situación legal (arts. 79.2.d) y 79.3 TFUE). Al respecto, vid. LÓPEZ-ROMERO, M, “Política común de inmigración en la Unión Europea: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución europea”, en *Revista universitaria de Ciencias del Trabajo*, n° 7, 2006, pp. 87-101.

¹⁷ En este sentido, vid., por ejemplo, SOYSAL, Y.N., *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, University of Chicago, Chicago, 1994. Vid. también, ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 71, quien señala que los mecanismos más útiles para demandar derechos por parte de los migrantes los vamos a encontrar en los sistemas universal e interamericano de derechos, en línea con lo manifestado por DUNN, T., “Migración, derechos humanos, ciudadanía y soberanía nacional”, en ARAGONÉS, A.M. (Ed.), *Análisis y perspectivas de la globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, México / Plaza y Valdés, 2005, pp. 155-176.

ordenamientos jurídicos ignora el proceso de globalización que vivimos, el incremento de los flujos migratorios -que no van a cesar- la realidad de las sociedades que se han configurado fruto de dichos procesos. En este contexto, las políticas de migración aprobadas por los Estados se han centrado en regular la migración vinculando dichos movimientos a las necesidades del mercado de trabajo del Estado receptor y así han contribuido, como ha quedado dicho a diferenciar entre el buen y el mal inmigrante, cosificándolo, instrumentalizándolo, siendo el bueno, el extranjero que viene a trabajar, cumple con su objetivo y se vuelve a su destino de origen sin dejar rastro, sólo beneficios¹⁸. Y así, los Estados construyen sus políticas haciendo ver a la sociedad que los extranjeros que entran en los Estados son buenos inmigrantes, vienen a dejar un beneficio a la sociedad y no serán tratados como los ciudadanos, no tendrán nuestros derechos porque “no quieren ser como nosotros, ya que desean volver a su país”. Y así justifican la limitación de derechos, porque no son ciudadanos¹⁹.

En la actualidad el problema se hace más evidente y salta a la palestra porque en los últimos años, los partidos de extrema derecha han logrado movilizar cada vez más votantes bajo el falso y demagógico discurso que relaciona los movimientos migratorios con el robo de los escasos recursos nacionales por parte de los inmigrantes, cuando no se les hace objeto de contribuir al terrorismo o al fundamentalismo islámico²⁰.

Todo ello ha provocado y justificado la aprobación de políticas migratorias restrictivas de los derechos de los migrantes que para nada respetan lo dispuesto por los instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos. Se ha construido una gran historia para justificar

¹⁸ Vid. VACCHIANO, F. “Movilidades diferenciales: apuntes críticos sobre la llamada “crisis” de los refugiados”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 6, 2017, pp. 19-23 (p. 21), quien señala que incluso la Comisión de la Unión Europea ha manifestado en varios documentos el objetivo de “administrar” mejor la migración con el fin de aprovechar al máximo su potencial productivo, atrayendo a los “económicamente rentables y el rechazo de los supuestamente redundantes al mercado”.

¹⁹ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural”, en *Eikasía*, nº 4, 2006, pp. 1-19 (pp. 5-6). Y, del mismo autor, vid. también, LUCAS MARTÍN, J. DE, *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

²⁰ En septiembre de 2016, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, advirtió a líderes de partidos populistas de Europa acerca del efecto corrosivo que tiene en las sociedades el modo en que estos partidos instrumentalizan la intolerancia y la xenofobia para fines políticos.

estas políticas restrictivas, para justificar un mayor control migratorio o la militarización de las fronteras y la falta de solidaridad entre sus Estados miembros, esto es, ha justificado la limitación de los derechos de los migrantes, las medidas de control, disuasión y represión que recogen las Leyes nacionales, bajo el argumento de ser medidas excepcionales ante situaciones excepcionales²¹.

Se vende una imagen que no es la verdadera y se adereza con imágenes que en lugar de servir para concienciarnos de lo mal que lo estamos haciendo²², se utilizan para argumentar una “invasión silenciosa”²³, una “invasión sin precedentes” que viene a robarnos nuestros limitados recursos nacionales²⁴. Se vende un discurso sobre la migración totalmente incompatible con las exigencias de un Estado de Derecho.

Pero no nos podemos quedar sólo en las fatídicas cifras o en las manipulables, y desgraciadas, imágenes de la migración. Tenemos que pensar cómo hemos llegado hasta aquí. ¿Qué ha provocado que nuestros Estados den por válidas estas imágenes como daños colaterales de sus

²¹ RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de...”, *op. cit.*, p. 146. Y citado por la misma, también, vid. ESPUCHE, B. / IMBERT, L., “De la crisis de los refugiados/as a la crisis de Europa”, en *Documentación social*, nº 108, 2016, pp. 1-48; y ARANGO, J., “A través del Mediterráneo: tragedia de los refugiados y crisis de la UE”, en *Anuario CIDOF*, 2015-2016, pp. 30-55 (p. 32). Vid. también, MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 223, quien pone en tela de juicio la intervención de la OTAN para ayudar a combatir las mafias de tráfico de personas migrantes sin que ello suponga militarizar el problema de la migración, en tanto que dicha organización es una alianza militar intergubernamental; VACCHIANO, F. “Movilidades diferenciales...”, *op. cit.*, pp. 19-20, quien hace hincapié en la evidente falta de solidaridad; y SUSÍN, quien habla de “*salvar el modelo de regulación social aceptando la pluralidad y los principios que deben sostener una sociedad democrática*” (SUSÍN BETRÁN, R. “Inmigración y muros...”, *op. cit.*, p. 23).

²² Nos referimos a las imágenes de los numerosos y desgraciados acontecimientos como los ocurridos frente a la isla de Lampedusa en Italia en octubre de 2013 donde murieron ahogadas casi 400 personas, o a los 800 pasajeros que murieron en un naufragio en abril de 2015. En el año 2016 murieron en el Mediterráneo la escalofriante cifra de 5.000 personas, casi un 25% más que el año anterior. Y hasta octubre de 2017, alcanzan ya la cifra de casi 3.000 (2.726 personas). Y las víctimas mortales de todo el mundo alcanzan las 4.526), según cifras de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

²³ CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia...”, *op. cit.*, p. 64, con referencia a AGRELA, B., “La política de Inmigración en España: reflexiones sobre la emergencia del discurso de la diferencia cultural”, en *Migraciones Internacionales*, nº 1(2), 2002, pp. 93-121.

²⁴ VACCHIANO, F. “Movilidades diferenciales...”, *op. cit.*, p. 19, quien recoge la expresión de DE GENOVA de la venta de un “espectáculo frontera” (GENOVA, N. DE, “Spectacles of Migrant “illegality”: The Scene of Exclusion, the Obscene of Inclusion”, en *Ethnic and Racial Studies*, 36(7), 2013, pp. 1.180-1.198. Y en el mismo sentido, de la imagen del migrante como enemigo, vid. CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia...”, *op. cit.*, p. 62, con referencia a NAVARRO, V., “Los costes de la inmigración”, en *Temas para el debate*, nº 159, 2008, pp. 14-15.

políticas migratorias? ¿Qué ha provocado actuar en contra de los valores y principios propios de nuestros Estados de Derecho?

Podemos comenzar afirmando que estamos ante un proceso de deshumanización de la sociedad. Los argumentos antes citados provocan que los Estados se “liberen de cualquier responsabilidad moral”²⁵. Pero llegados a este punto, habría incluso que plantearse no sólo por qué se dan por válidos los argumentos expuestos, sino qué están haciendo los Estados de origen para que sus ciudadanos, sus nacionales, tengan el deseo de emigrar y lo vean como la única opción para mejorar su calidad de vida y tener un futuro mejor²⁶.

Recordamos aquí, como ha quedado dicho, que los movimientos migratorios no son algo nuevo y no es algo que vaya a tener un final. Nuestras sociedades están abocadas a vivir un mayor flujo migratorio. La intensidad de estos flujos migratorios y su sentido y dirección van cambiado a lo largo de la historia, y muchos de los países que reciben hoy inmigrantes, fueron emigrantes en el pasado, como es el caso de España, por ejemplo, que era un país de emigrantes hasta los años 70 pasando a ser un país receptor en la actualidad²⁷. La búsqueda de un futuro mejor, como también ha quedado dicho, de mejorar la calidad de vida -dejando de lado el caso de las migraciones forzadas por motivos políticos o inestabilidad estatal- es algo consustancial a la propia esencia del ser humano²⁸. Si a esto le unimos el hecho de que las diferencias entre países ricos y países pobres cada vez es mayor, que la crisis económica ha acentuado estas diferencias, así como el bajo nivel de vida de las personas, y que vivimos en un mundo globalizado donde la difusión de la información alcanza límites inimaginables, es cierto que el “efecto llamada” se produce²⁹.

Los Estados van a elaborar sus políticas migratorias para evitar este efecto llamada y van a elaborar Leyes de extranjería restrictivas y discriminatorias con el fin de desalentar o frenar dicho efecto³⁰.

²⁵ SUSÍN BETRÁN, R. “Inmigración y muros...”, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 221.

²⁷ Vid., por ejemplo, CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia...”, *op. cit.*, pp. 73-74.

²⁸ MANZANEDO, C., “Las migraciones en...”, *op. cit.*, p. 26.

²⁹ Acertadamente SUSÍN señala que este efecto llamada es más una respuesta a “nuestra necesidad de mano de obra, a nuestros condicionantes demográficos, a la propia riqueza de Europa..., y no tanto por los procesos de regularización administrativa” (SUSÍN BETRÁN, R. “Inmigración y muros...”, *op. cit.*, p. 25).

³⁰ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, pp. 213-229.

La cuestión llegados a este punto no es sólo que se estén limitando derechos de los migrantes bajo falsos argumentos, sino que, además, se proyecta una imagen de los mismos -ya no del propio movimiento migratorio- que va a incrementar brotes xenófobos, que va a provocar un aumento de los brotes de violencia racista que se suelen centrar además en estos grupos más marginados.

No podemos olvidar tampoco que desde los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, así como los que se produjeron en idénticas circunstancias en Londres y en Madrid y más recientemente en Francia y Barcelona, los Estados han blindado sus fronteras y sus políticas migratorias asociando la inmigración con un elemento de seguridad del Estado, y por qué no decirlo, a situaciones de criminalidad. Se retrata a los migrantes como una amenaza para la seguridad, como una fuente de inseguridad, lo que se une, como no podía ser de otra forma, a los ya citados discursos de que “aquí no caben todos” y que “es necesario contener los flujos” para no “desestabilizar nuestras sociedades”³¹. Parecemos olvidar que esto es una clara discriminación por motivos raciales, o incluso de nacionalidad, prohibida por los textos internacionales que garantizan los derechos humanos, como por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos³². Pero esto no evita que se produzca entonces un miedo frente al sujeto que mostraba alguna diferencia frente a la mayoría. La idea de la limitación de los derechos

³¹ RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de...”, *op. cit.*, pp. 156-157, quien destaca además cómo la narrativa del miedo y la securitización ha generado un beneficioso nicho del mercado capitalista, con cifras alrededor de los 15.000 millones de euros en 2015 o como se evidencia con el aumento del presupuesto de Frontex que en la última década ha aumentado más del 3688%, pasando de tener un presupuesto de 6,3 millones en 2005 a 238,7 millones en 2016. Vid. también, en esta línea, citado por la autora, AKKERMAN, M., *Guerras de fronteras. Los fabricantes y vendedores de armas que se benefician de la tragedia de los refugiados en Europa*, Transnational Institute / Stope Wapenhandel / Centre Delàs d'Estudis per la Pau, Amsterdam, 2016, p. 12. Vid., también, MORA ALMUDÍ, C., “Las aportaciones de los inmigrantes al estado del bienestar”, en *Revista Crítica*, n° 994, pp. 27-31 (p. 30), quien pone de manifiesto que si nos fijamos realmente en las cifras e informes sobre la aportación de los migrantes al sistema de bienestar español, éstos aportan tres veces más de lo que reciben. En la misma línea, se ha mantenido que “*la mano de obra inmigrante ha favorecido la transición de los trabajadores autóctonos hacia otros empleos con mejores condiciones laborales*” (vid. FUENTES, F. / CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2011, p. 8).

³² El art. 14 del citado CEDH señala que: “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

humanos bajo los argumentos ya citados de la “invasión” y la “amenaza” se pueden rebatir fácilmente si tenemos en cuenta las cifras reales, pero el problema es que la conciencia colectiva creada alrededor de las personas migrantes no obedece a números, sino a sensaciones y al miedo³³. Y si bien esta situación no tenía por qué estar vinculada a la nacionalidad de la persona, se creó una situación de ansiedad y hostilidad hacia los inmigrantes en Europa, incrementándose los controles de inmigración y las medidas de seguridad de los Estados³⁴.

Si a estos hechos le unimos que dichas políticas restrictivas y discriminatorias están surtiendo los efectos deseados para los Estados³⁵, disminuyendo el efecto llamada, reduciendo el número de migrantes recibidos y expulsando a la mayoría de los que llegan, la consecuencia será que los Estados no van a cuestionarse sus normas y su forma de proceder. La Unión Europea ha manifestado a finales del 2017 que “*el número total de entradas irregulares a lo largo de las principales rutas migratorias ha disminuido un 63 % en 2017, de modo que los esfuerzos colectivos para proteger las fronteras exteriores de la UE, cooperar con los países socios para hacer frente a las causas profundas de la migración irregular, mejorar la protección de los migrantes y vencer a los traficantes están obteniendo resultados palpables*”³⁶. Con estos resultados, como

³³ Se sostiene que incluso ante la ausencia de un consenso en el número de personas en movimiento por parte de instituciones como ACNUR, la OIM o las de la UE a través de Frontex, por ejemplo, sería sencillo “desmontar” la idea de una “llegada masiva”. Al respecto, vid. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de...”, *op. cit.*, pp. 147-149.

³⁴ De hecho, en las Conclusiones del Consejo Europeo, de 19 de octubre de 2017, se insiste en ese control de fronteras para frenar la inmigración. De hecho se asegura que “El planteamiento aplicado por los Estados miembros y las instituciones de la UE para garantizar el pleno control de las fronteras exteriores está dando resultados y debe consolidarse” (vid. EUCO 14/17 - CO EUR 17. CONCL 5).

³⁵ Frans Timmermans, vicepresidente primero de la Comisión Europea, ha declarado: “*Dos años después de la puesta en marcha de la Agenda Europea de Migración, nuestros esfuerzos conjuntos para gestionar los flujos migratorios están empezando a dar sus frutos. Pero los factores que alientan la migración hacia Europa permanecen y la trágica pérdida de vidas humanas en el Mediterráneo continúa. Con la mejora de las condiciones meteorológicas debemos redoblar nuestra cooperación: colaborando con terceros países, protegiendo las fronteras exteriores de la UE, dando juntos refugio a los que lo necesitan y garantizando el rápido retorno de aquellos que no tienen derecho a permanecer en la UE. Solo podemos gestionar eficazmente la migración en Europa si trabajamos todos juntos con un espíritu de solidaridad y responsabilidad*”. Así se refleja en el Comunicado de Prensa de la Comisión Europea “Agenda Europea de Migración: la Comisión insta a todas las partes a apoyar los avances y realizar más esfuerzos”, de 13 de junio de 2017.

³⁶ Comunicado de prensa de la Comisión Europea “Agenda Europea de Migración: Consolidación de los avances realizados”, de 15 de noviembre de 2017. En esta misma

decimos, se hace difícil frenar medidas que aparentemente nos van hacer estar y sentir más seguros en nuestros Estados.

Así, por ejemplo, se dan por buenas las noticias manifestadas por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea a mediados de septiembre de 2017, quien, a raíz de los ataques terroristas en Europa señaló que los ámbitos prioritarios de actuación de la Unión Europea se centrarán en “*la prevención de la radicalización, la mejora del intercambio de información, la reflexión sobre la protección de los espacios públicos y el trabajo sobre los elementos relacionados con la lucha contra el terrorismo de las propuestas legislativas relativas al Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y a la incorporación de características al Sistema de Información Schengen (SIS)*”³⁷.

Más aún, se ignoran los toques de atención y los avisos de las organizaciones que, encargadas de proteger los derechos de los migrantes, alertan de los peligros que una política migratoria restrictiva conlleva. Así, por ejemplo, ya en 2013, el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR) recomendaba que se abriesen vías legales de acceso a Europa³⁸. Se proyecta así, con una doble moral, la construcción de una “Europa-fortaleza”³⁹ en contra de los valores propios que propugna la Unión de la igualdad, la solidaridad y la dignidad de las personas⁴⁰.

línea: “*El Consejo Europeo recuerda que afrontar las causas profundas de la migración y ofrecer oportunidades económicas y sociales en los países de tránsito y origen forman parte de su planteamiento a largo plazo en el ámbito de la migración. En este contexto, el Consejo Europeo se congratula de la reciente puesta en marcha del Fondo Europeo de Desarrollo Sostenible, que apoya la inversión en los países africanos y en los países de la vecindad europea. Asimismo, acoge favorablemente la puesta en práctica de la Iniciativa de Resiliencia Económica del Banco Europeo de Inversiones (BEI), que moviliza inversiones en los países de la vecindad europea. Confía en abordar el tema de la cooperación con los socios africanos en la próxima Cumbre entre la Unión Africana y la Unión Europea*” (Conclusiones de la reunión del Consejo Europeo, de 19 de octubre de 2017 (EUCO 14/17. CO EUR 17. CONCL 5)).

³⁷ Al respecto, vid. sesión n° 3559 del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, de 14 de septiembre de 2017.

³⁸ ACNUR, “El Alto Comisionado de ACNUR pide a Europa que haga más por los solicitantes de asilo sirios”, 18 de julio de 2013; y ACNUR, “ACNUR insta a los países a hacer más por los refugiados sirios en Europa”, 11 de julio de 2014.

³⁹ CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia...”, *op. cit.*, pp. 67-70.

⁴⁰ NIETO GARCÍA, L.C., “Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno”, en *Papeles*, n° 104, 2008/2009, pp. 39-56 (p. 39), quien se refiere expresamente a la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relacionada con los procedimientos de los Estados miembros en cuenta a la regulación del retorno de los extranjeros/as no comunitarios que se encuentran en situación irregular.

En este contexto nos planteamos las siguientes preguntas ¿puede entonces Europa garantizar los derechos humanos de los migrantes? ¿Se está cumpliendo con los principios que inspiran las Declaraciones internacionales de derechos humanos? ¿Son la crisis económica, la seguridad nacional e internacional actual un argumento suficiente para limitar dichos derechos? ¿Y la seguridad nacional e internacional?

Este es el caldo de cultivo para que nuestros Estados opten por políticas migratorias limitativas de los derechos de los migrantes. En la actualidad, el concepto de ciudadano contrapuesto al de extranjero que lo hace diferente y extraño en la sociedad que lo recibe, el miedo al otro, y la proclamada defensa de la seguridad nacional e internacional se han convertido en el objetivo central de casi todas las políticas públicas, y en el *leitmotiv* de Europa. “*En otras palabras, el pasaporte debe ser lo suficientemente adecuado, a fin de garantizar que el inmigrante podrá integrarse a la sociedad de acogida y no intentará trasladar sus costumbres, religión, lengua o tradiciones, y con ello debilitar o atentar en contra de la identidad nacional del Estado y sociedad receptoras. De otro modo, se piensa, su presencia genera inseguridad, violencia y crimen debido a las costumbres atrasadas que se tienen en los países expulsores de migrantes*”⁴¹.

Lo que nos preocupa, especialmente, es cómo somos incapaces de asimilar una democracia plural que acepte la diversidad de los sujetos que la integran y la necesidad de reconocerles derechos con el fin de garantizar su desarrollo como personas y su dignidad personal⁴². Debemos plantearnos si es viable que -en un mundo globalizado y presuntamente social y democrático como en el que vivimos- exista una diferencia entre los derechos que tienen unos sujetos y los que disfrutaban otros por el mero hecho de pertenecer a un Estado u otro, máxime cuando estamos hablando de derechos ligados a la dignidad humana.

⁴¹ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 222.

⁴² Vid., también, GIMENO MONTERDE, Ch., “Migración y diversidad: Europa ante los retos globales de la diversidad y la movilidad”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 6, 2017, pp. 4-5 (p. 5), quien ve la democracia plural como una forma de aceptar la diversidad como elemento esencial para reconocer derechos a los migrantes.

3. Las continuas violaciones de los derechos de los migrantes

Ante las políticas migratorias de Europa, y de los Estados que la integran, las vulneraciones de los derechos humanos de las personas migrantes es una consecuencia, directa o indirecta. Ejemplos de estas continuas violaciones de los derechos de las poblaciones migrantes son una constante en nuestras sociedades y desde todas las regiones del mundo⁴³. Y no podemos olvidar que dentro del grupo de los migrantes, los más afectados van a ser los colectivos más vulnerables como son las mujeres y los niños, que en estos procesos migratorios ven sistemáticamente vulnerados sus derechos humanos⁴⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lleva años pronunciándose sobre vulneraciones de derechos en el contexto migratorio, sin que, por desgracia, sea algo nuevo⁴⁵. Y aunque es cierto que el papel del TEDH ha contribuido a ampliar el catálogo de derechos de los migrantes ya fuera a través de pronunciamientos sobre la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes, a través de la prohibición de discriminación o a través del reconocimiento y garantía de derechos como el derecho a la vida familiar o los derechos procesales inherentes al derecho a una tutela judicial efectiva, no menos cierto es que la vulneraciones siguen persistiendo en nuestras modernas sociedades⁴⁶.

⁴³ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, pp. 220-221.

⁴⁴ Sobre estos colectivos, vid. por todos, en relación con las mujeres RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de...”, *op. cit.*; y TURÉGANO, I., “Mujeres, ciudadanía y globalización”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 35, 2012, pp. 393-412 (pp. 405-407). En relación con los menores, COLLANTES, S., “La infancia y las migraciones, un verdadero cóctel de vulnerabilidades”, en *Revista Crítica*, n° 994, 2014, pp. 36-40, quien señala que “*Millones de niños migrantes o hijos de migrantes en situación irregular quedan excluidos de los programas de protección social frente a la pobreza y exclusión en los países de origen, tránsito o destino. Otros tantos ven violados sus derechos de vivir en familia, por culpa de condiciones de reagrupamiento familiar que jamás podrán alcanzar. Niños que difícilmente acceden a la educación y que, de recibirla, no tiene unos mínimos estándares de calidad...*”.

⁴⁵ Sobre este tema, vid., FREIXES, T. / REMOTTI CARBONELL, J.C., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, vol. 44, 1998, pp. 103-141; LAMBERT, H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2007; BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2007; y GARCÍA VITORIA, I., “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 20, 2015.

⁴⁶ Sobre esta cuestión en detalle, vid. DÍAZ CREGO, M. / GARCÍA VITORIA, I., “Los derechos de los migrantes”, en GARCÍA ROCA, J. / CARMONA CUENCA, E.

El problema hoy en día de los derechos humanos no es sólo justificarlos, sino, esencialmente, protegerlos, pasando de ser sólo una cuestión filosófica a ser una cuestión de voluntad política. Así, en muchos casos, el problema se va a producir también por la falta de voluntad del Estado por cumplir con la sentencia condenatoria que le ha recaído fruto del trabajo del TEDH. Como ejemplo de estos supuestos en relación con los migrantes, podemos citar las numerosas condenas a Grecia por las condiciones de los centros de internamiento de extranjeros⁴⁷.

Así las cosas, no negamos la existencia de mecanismos de defensa de los derechos humanos de los migrantes -así por ejemplo, frente al papel del TEDH, destacamos la excelente labor que en este terreno está llevando a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, sino su efectividad. “*Dicho de otro modo, las sentencias emitidas por este tipo de tribunales cobran vida cuando el Estado genera las condiciones necesarias para ello, y que pueden ser de carácter presupuestal, legal, judicial, educacional, etcétera*”⁴⁸.

Debemos destacar aquí que estos Tribunales, si bien reconocen “la potestad soberana” de cada uno de los Estados para controlar los flujos migratorios y aprobar las políticas migratorias que consideren más adecuadas, van en la línea de establecer límites a dicha potestad y garantizar así los derechos de las personas migrantes, como ha quedado dicho⁴⁹.

Pero en la práctica, en el terreno normativo, todavía queda mucho por hacer. A nivel comunitario, por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), atribuye (Capítulo V) el estatus de ciudadano al que tenga la nacionalidad de uno de los Estados miembros, siendo esta nacionalidad la que determina el pleno disfrute de los derechos. Por lo que a sensu contrario, los extranjeros, los que no ostenten dicha nacionalidad se verán excluidos de la tenencia de dichos derechos y, por tanto, privados de cualquier posibilidad de inclusión en la sociedad en la que son recibidos.

(Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos?*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 363-404 (pp. 363-364).

⁴⁷ Vid., DÍAZ CREGO, M. / GARCÍA VITORIA, I., “Los derechos de...”, *op. cit.*, p. 379, quienes recuerdan que “*La situación se prolonga durante más de una década, si conectamos las primeras sentencias por este motivo (Dougoz, de 6 de marzo de 2001) con otras más recientes (De los Santos y De la Cruz, de 26 de junio de 2014)*”.

⁴⁸ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, pp. 218-219.

⁴⁹ DÍAZ CREGO, M. / GARCÍA VITORIA, I., “Los derechos de...”, *op. cit.*, p. 398.

A nivel nacional, en la misma línea, tenemos leyes que restringen y limitan la libre entrada en los territorios nacionales, se dificulta acceder a la nacionalidad del Estado receptor, y todo ello con base en los argumentos sociales, políticos o económicos anteriormente citados, pero sobre la “base jurídica” de la nacionalidad. Así aunque incluso nuestros textos constitucionales, como es el caso español, proclame la igualdad⁵⁰, y la igualdad de derechos entre ciudadanos y extranjeros⁵¹, los derechos de los extranjeros no serán igual que los de los nacionales, porque “ellos” son diferentes y los derechos constitucionales son exclusivos de los españoles. Esto, como es obvio, se convierte es un privilegio que “*atenta contra la dignidad misma de los extranjeros*”⁵².

Así las cosas, aunque los ordenamientos jurídicos prohíban la discriminación y proclamen la igualdad y firmen y ratifiquen Tratados y Convenios Internacionales, nada prohíbe que los mismos Estados puedan establecer diferencias en la tenencia y disfrute de derechos en función de la nacionalidad de los sujetos que hay en su territorio, esto es, según el origen nacional o la situación administrativa de las personas⁵³. Con independencia de lo dispuesto en Tratados, Declaraciones y Convenciones, las personas sólo seremos titulares de derechos en función de la nacionalidad⁵⁴.

⁵⁰ El art. 14 CE, recogiendo una igualdad formal señala: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Y el art. 9.2 CE, garantizando una igualdad material, indica: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

⁵¹ Por su parte, el art. 13 CE indica: “*1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. . La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*”.

⁵² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las Leyes españolas”, en UNED. *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 22, 2003, pp. 13-26 (p. 18).

⁵³ BARRENUA ALCAUZAR, I., “Discriminación, políticas públicas y racionalidad”, en *Revista Crítica*, nº 994, 2014, pp. 72-77 (p. 75-76).

⁵⁴ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 225.

En un Estado constitucional, asentado sobre la idea del hombre, del ser humano, no del nacional o del ciudadano, establecer cualquier tipo de distinción entre nacionales y extranjeros supone una clara discriminación en tanto que atribuimos a unos sujetos unos privilegios innatos⁵⁵. El mero hecho de nacer en un determinado Estado no puede generar ningún tipo de desigualdad para los sujetos, pues “*el nacimiento no es una acción por parte del que nace, y consiguientemente no puede acarrear a éste ninguna desigualdad de estado jurídico*”⁵⁶.

Es inconcebible construir la tenencia y el disfrute de los derechos sobre un discurso erróneo y bajo el argumento de la nacionalidad ligado a la ciudadanía de los sujetos o a su situación administrativa. Esto sólo consigue enfrentar a los nacionales con los extranjeros, diferenciando entre buenos y malos migrantes, distinguiendo entre buenas y malas personas en movimiento y, en base a ello justificar la atribución o denegación de derechos. Se clasifica a las personas entre los que pueden tener derechos y los que no, entre los “pasajeros frecuentes” y “los balseros”⁵⁷, entre quienes tienen derecho a permanecer legalmente en el país de acogida y los que no, los que son prescindibles para el Estado y respecto de los cuales, se convierten en “*nuda vida*”⁵⁸.

Se justifica así, como viene dicho, la limitación de sus derechos contraviniendo la legislación internacional de derechos humanos, y se contribuye a cosificar a los sujetos en función de si nos son o no útiles para nuestros fines. En España tenemos el claro ejemplo de los migrantes que llegan por su frontera sur procedentes del África subsahariana⁵⁹.

⁵⁵ Sobre esta idea de la ciudadanía como un privilegio personal de la que se extrae que el migrante es un ser legal y antropológicamente inferior, vid. MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 222; y FERRAJOLI, L., *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008, p. 178.

⁵⁶ Así recoge el Prof. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, las palabras de Kant, concluyendo que “*no podrá tenerse la nacionalidad como privilegio inalcanzable para los extranjeros*”. Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁷ Sobre esta idea, vid. VACCHIANO, F. “Movilidades diferenciales...”, *op. cit.*, p. 19. Con referencias a URRY, J., *Mobilities*, Polity, Cambridge, 2007; y GLICK SCHILLER, N. / SALAZAR, N.B., “Regimes of Mobility Across the Globe”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 39(2), 2013, pp. 183-200.

⁵⁸ Sobre este concepto, que provoca la deshumanización de las sociedades, vid. AG-AMBEN, G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Turin, 1995; y también, RAVENDA, A.F., “Fronteras de la crisis. Naufragios y Ciudadanía en la Europa contemporánea”, en *Documentación social*, n° 180, 2016, pp. 71-89 (p. 76).

⁵⁹ RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de...”, *op. cit.*, pp. 150 y 152-153, quien evidencia que en los años ochenta, “*tras décadas de puertas abiertas que permitieron que*

En este sentido, los derechos humanos, presididos por el principio de universalidad, al margen de los conceptos de ciudadanía o nacionalidad, deben ser el marco legal de referencia para proteger a aquellos sujetos que han decidido migrar o que se han visto obligadas en la búsqueda de unas mejores condiciones y oportunidades para su desarrollo personal, esto es, en la búsqueda de una mejor calidad de vida, de unas condiciones que respeten su dignidad personal.

4. Nacionalidad, ciudadanía y principio de universalidad de los derechos

No se puede negar, como venimos viendo, que aunque los derechos humanos reconocidos en las Declaraciones internacionales están marcados por el principio de universalidad de los mismos⁶⁰, y se reconocen al ser humano por el mero hecho de serlo, parece que dichos derechos son diferentes en función de si se es nacional o extranjero, que en muchos de los casos deben cumplir con una previa situación administrativa⁶¹. Se podría decir que “*ser una persona ha dejado de constituir una condición suficiente para poseer dichos derechos*”⁶².

En este punto, podemos ver cómo se produce una evidente contradicción entre el principio de universalidad de los derechos humanos y las limitaciones que a dichos derechos provocan los conceptos de nacionalidad y ciudadanía⁶³.

las personas en movimiento llegaran a Europa y contribuyeran a su reconstrucción, desarrollo y bienestar, los gobernantes europeos (conservadores y socialdemócratas) introducían fuertes restricción en las políticas migratorias (cierre de canales legales, visados, multas a compañías transportistas, recorte de derechos, redadas con perfiles raciales, centros de internamiento, etc.).”

⁶⁰ MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 220, para quien “*siguiendo a Peces-Barba (2004), cuando se habla de universalidad de derechos se está haciendo referencia al menos a tres cuestiones: i) la titularidad que de estos poseen todos los seres humanos, ii) que son válidos para cualquier momento de la historia y iii) que la cultura de derechos humanos se extiende, sin excepción, a todas las comunidades políticas*”. Al respecto, vid. PECES-BARBA, G., “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2004.

⁶¹ SOLANES CORELLA, A., “Inmigración y derechos humanos”, en *Mediterráneo Económico*, n° 1, 2001, pp. 105-118 (pp. 105-106).

⁶² CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia...”, *op. cit.*, p. 72; y FERRAJOLI, L., *Más allá de...*, *op. cit.*, p. 176.

⁶³ En este sentido, vid. MORALES VEGA, L.G., “Las migraciones...”, *op. cit.*, p. 215.

De ahí que nuestro punto de partida debe ser el reconocimiento de la necesaria universalización de los derechos humanos, de su carácter predicable de todas las personas, tal y como recogen diferentes instrumentos internacionales, como hemos venido señalando, y cuyo máximo exponente es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de las Naciones Unidas. Esta Declaración recoge un sistema de valores que son considerados universales y que parten de la dignidad de la persona, y así proclama: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (art. 1). La Declaración refleja que los derechos vinculados a la dignidad de la persona son derechos universales, indisponibles, inalienables, inviolables y personalísimos y que, por este motivo, deberían predicarse de todo ser humano. “*Bastaría con sólo contar con esa condición en cualquier contexto y circunstancia para ser poseedor de derechos*”⁶⁴. “*independientemente de dónde se encuentren y de su ciudadanía nominal*”⁶⁵. En esta línea, la importancia del principio de universalidad de los derechos humanos, suscrito por todos los Estados y reconocido en la mayoría de los textos constitucionales, debería hacer que “*la ciudadanía traspase la idea de la identidad nacional y asigne derechos en función del estatus de “ser humano”*”⁶⁶.

Si queremos contribuir a tener una política migratoria adecuada y respetuosa con los derechos de los migrantes, debemos empezar por “humanizarles” y no “cosificarlos”, como se viene haciendo hasta ahora, lo que ha provocado que los mismos pierdan su dignidad personal y, lo peor de todo, que esto se perciba como algo normal amparado por el paraguas de las normas de extranjería.

⁶⁴ PECES-BARBA, G., “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 616.

⁶⁵ En esta línea, vid. ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 71-77, quien recoge en detalle y con bibliografía complementaria las propuestas que van desde las que mantienen el reconocimiento de los derechos laborales y sus derechos relacionados (bajo el concepto de “ciudadanía laboral transnacional”), las que abogan por una incorporación cultural de los migrantes en las sociedades receptoras (bajo el concepto de “ciudadanía transnacional” o “ciudadanía externa”), las que defienden la adquisición gradual de derechos (bajo el concepto de “ciudadanía cívica”, “ciudadanía postnacional” o “ciudadanía cosmopolita o global”), y por último, la aquí defendida (que incluye bajo el concepto del “derecho a la movilidad” o “ius migrandi”).

⁶⁶ ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 74, que recuerda esta interpretación de SOYSAL, Y.N., *Limits of Citizenship*, *op. cit.*.

La cuestión es que ningún Estado va a negar o rechazar abiertamente los derechos reconocidos en la DUDH o en otros Tratados Internacionales como el CEDH, al menos de forma explícita. Pero, como hemos visto, la práctica demuestra que las violaciones de los derechos de los migrantes es una constante en nuestras sociedades. Además -hay que decirlo- dichas violaciones no se dan sólo en Estados que son reconocidos por lesionar derechos humanos de forma sistemática o sistémica⁶⁷, sino incluso en aquellos que aparentemente parecen cumplirlos siempre, como es el caso, por ejemplo, de España, recientemente condenada por las llamadas “devoluciones en caliente” vinculadas con la expulsión de extranjeros en frontera⁶⁸. Y así, como también hemos dicho, lo ha puesto de manifiesto en más de una ocasión el TEDH, que lleva años pronunciándose sobre vulneraciones de derechos en el contexto migratorio. Pronunciamientos que debemos mencionar aquí, han calado e influido también en las políticas de la Unión Europea sobre control de fronteras, asilo e inmigración.

El problema de fondo se produce porque, por un lado, se está predicando la universalidad de los derechos inalienables al ser humano, que se vinculan con la dignidad de la persona y que deben ser predicables de todos los sujetos⁶⁹; pero, por otro lado, los ordenamientos jurídicos nacionales construyen el disfrute y ejercicio de los derechos de los migrantes, no sobre la base de dichos principios, sino en conexión con el concepto de ciudadanía, diferenciando entre ciudadanos y extranjeros,

⁶⁷ Así, por ejemplo, en 2016, los Estados más demandados ante el TEDH fueron Ucrania y Turquía, copando un 22.8% y un 15.8%, respectivamente, de los casos presentados. Al respecto, vid. TEDH, *Analysis os statistics 2016*, Consejo de Europa, Bruselas, 2017.

⁶⁸ Vid. STEDH de 3 de octubre de 2017, asunto *N.D. y N.T. contra España*, donde dos personas que cruzaron de manera irregular de Marruecos por Melilla fueron inmediatamente expulsados de vuelta al territorio marroquí sin tener en cuenta ni valorar las circunstancias individuales de dichos sujetos. Como ha mantenido algún autor, se produce un rechazo en la valla “*a bulto*”, *sin procedimiento administrativo alguno y con la utilización de violencia creciente*”. Sobre esta cuestión, vid. MANZANEDO, C., “Las migraciones en...”, *op. cit.*, pp. 24-25. Sobre las devoluciones en caliente, vid., por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Devoluciones en caliente”. Guerra sucia en la Frontera Sur”, en *Revista Crítica*, n° 994, 2014, pp. 41-46. Se destaca el hecho de que aunque la legislación española es muy garantista, el problema se produce por su deficiente aplicación práctica.

⁶⁹ Sobre el concepto de dignidad, tanto en la DUDH como en el CEDH, así como sobre la interpretación que del concepto han hecho los Tribunales, vid., por todos, las excelentes aportaciones realizadas por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ sobre esta tema. Destacando, por ejemplo, entre sus muchas obras, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos...”, *op. cit.*, p. 99; con numerosas referencia a WALTER, Chr., “Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht”, en BAHR, P. / HEINIG, H.M. (Eds.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, Mohr-Siebeck, Tübingen,

vinculando el concepto de ciudadano, a su vez, al de nacionalidad, sin tener en cuenta el concepto de dignidad personal. Y esto lo reflejan las distintas normas de extranjería, recogiendo derechos que se predicán tanto de nacionales como de extranjeros y otros que sólo se predicán de los primeros.

Por todo ello, se hace necesario plantearnos que los procesos de globalización y migración han cambiado el concepto de ciudadanía⁷⁰. No podemos seguir vinculando la ciudadanía y nacionalidad con la tenencia y disfrute de derechos porque dicha vinculación lo que genera es una exclusión difícil de justificar⁷¹.

Dado que, como estamos diciendo, el propio concepto de ciudadanía tiene una “*propensión a la exclusión*” difícilmente justificable, dicho concepto debe ser modificado⁷².

Todos los miembros de una misma comunidad, de un mismo Estado, deben ser tratados como iguales, deben sentirse “*parte igual de la comunidad*”⁷³. Cualquier distinción genera una lesión de la dignidad personal y una verdadera discriminación, prohibida, como hemos visto por los textos internacionales de derechos humanos.

Además, predicando derechos sólo de los ciudadanos, se contribuye a cosificar al inmigrante y convertirlo, por ejemplo, en mano de obra barata. Pero debemos entender que los inmigrantes no son sólo unos agentes económicos⁷⁴, que vienen a trabajar, a producir y a consumir,

pp. 134 y ss.; VERNET I LLOVET, J., “La dignidad en la jurisprudencia europea”, en *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 2011-II, pp. 4285 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 10.1”, en CASAS BAHAMONDE, M.E. / RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Eds.), *Comentarios a la Constitución española*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 181 y ss.; y MCCRUDDEN, CHR., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, en *EJIL*, vol. 19, 2008, pp. 682 y ss.

⁷⁰ BAUBÖCK, R., “Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía”, en AUBARELL / ZAPATA (Eds.), *Inmigración y procesos de cambio*, Icaria, Barcelona, 2004.

⁷¹ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, p. 8; con alusión a BALIBAR, (1994): “Qué significa la ciudadanía europea”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 4/1994; y al discurso de Ferrajoli, que puede verse en FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8ª ed., Trotta, Madrid, 2016.

⁷² Entre las alternativas propuestas se habla de defender una “ciudadanía universal” o de “desnacionalizar la ciudadanía”. Sobre estas cuestiones, al respecto, vid. ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 62-63; y LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, pp. 1-19.

⁷³ ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁷⁴ No obstante, somos conscientes como señala MEZZADRA de que “no hay capitalismo sin migración”. Al respecto, vid. MEZZADRA, S., “Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía”, en *Nueva Sociedad*, n° 237, 2012, pp. 159-178.

sino que son personas. Sólo en este sentido podremos entender que los inmigrantes deben ser titulares de derechos como los nacionales. Y sólo en este sentido, se puede comprender que hechos tales como la privación de libertad de los migrantes por haber cometido una infracción administrativa es una medida desproporcionada; o que la limitación del disfrute de determinados derechos sociales sólo a los inmigrantes que estén en una situación regular en nuestro Estado, atenta claramente contra la dignidad de la persona. Todas estas circunstancias acaban condicionando las condiciones de vida en la que dichos sujetos se ven obligados a vivir, relegándoles en muchos casos a la marginalidad, lo que provoca, en la misma línea que la visión de los inmigrante se asocie a un entorno marginal, construyéndose así estereotipos que alimentan esa exclusión social bajo el único argumento de su no nacionalidad o ciudadanía, justificándose así las políticas migratorias punitivas⁷⁵.

Para el replanteamiento de las erróneas políticas sobre inmigración mantenidas hasta el momento en la mayor parte de los Estados Europeos es necesaria la superación de la vieja noción de ciudadanía concebida como una situación privilegiada, para dar paso a una nueva concepción que incluya al inmigrante considerándolo como persona. Se debe evitar cualquier situación que suponga privilegiar a unos sujetos frente a otros generando en el colectivo social una sensación de animadversión hacia los mismos⁷⁶.

Debemos ser conscientes de que los derechos humanos no son derechos del ciudadano, sino de la persona. Derechos como el de libertad o la igualdad, en tanto que están ligados a la dignidad personal no pueden atribuirse de forma diferenciada a ciudadanos y extranjeros en base a argumentos artificiales.

Por todos estos motivos, es esencial el empleo y cumplimiento del principio de universalidad pues, al mismo tiempo, mientras que conlleva la garantía de la dignidad humana, se garantiza su reconocimiento y

⁷⁵ CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., "Migración hacia...", *op. cit.*, pp. 65-66; GIORGI, A. DE, "Immigration control, post-Fordism, and less eligibility. A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe", en *Punishment & Society*, n° 12(2), 2010, pp. 147-167 (p. 148); y CALAVITA, K., *Immigrants at the margins: Law, race, and exclusion in Southern Europe*, University Press, Cambridge, 2005.

⁷⁶ MORALES VEGA, L.G., "Las migraciones...", *op. cit.*, p. 224; y con referencia a FITZPATRICK, P., *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI Editores, México, 1998, p. 119.

desarrollo en los textos constitucionales de los Estados dado que dicha dignidad es, a su vez, transversal a todo el Derecho internacional⁷⁷.

5. Conclusiones: el reconocimiento de una europa multicultural y multiracial

Con el fin de conseguir una adecuada política migratoria, que respete la dignidad de los migrantes y se ajuste al principio de universalidad de los derechos garantizado por todas las Declaraciones y Tratados internacionales, más allá de las cuestiones legales relacionadas con los términos de nacionalidad y ciudadanía, debemos asimilar que no estamos sólo frente a un problema de inmigración o extranjería, sino que nos estamos enfrentando a un problema que afecta a uno de los valores estructurales del Estado de Derecho, esto es, la dignidad personal.

La dignidad debe ser el elemento a situar en el centro del proceso de transformación de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía⁷⁸.

La cuestión es que nos enfrentamos a un proceso complejo y preocupante. No es algo coyuntural, sino un problema estructural de las sociedades en las que vivimos y su corrección no es un proceso sencillo porque refleja prejuicios que suponen un reflejo del sentir de la sociedad y de los poderes públicos. Además estos prejuicios tienden a perpetuarse porque son respaldados por políticas públicas que no les hacen frente directamente.

Y esto debe ser evitado, especialmente porque vivimos inmersos en un proceso de globalización y en sociedades cada vez más plurirraciales y multiculturales, y porque las normas nacionales e internacionales reconocen una protección universal de los derechos humanos⁷⁹.

⁷⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos...”, *op. cit.*, pp. 97-98, con cita a CAROZZA, P.G., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, en *EJIL*, vol. 19, 2008, pp. 931 y ss.; CARRILLO SANTARELLI, N., “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *Global Legal Goods Working Paper* N° 2/2011; y VERNET I LLOVET, J., “La dignidad ...”, *op. cit.*, pp. 425 y ss. Y, del mismo autor, sobre el postulado de la dignidad de la persona en la trayectoria del constitucionalismo y su diferenciación en los órdenes constitucionales concretos vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005 (pp. 193 y ss.).

⁷⁸ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos...”, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁹ CASTLES, S., “Globalización e Inmigración”, en AUBARELL / ZAPATA (Eds.), *Inmigración y procesos de cambio*, Icaria, Barcelona, 2004.

No obstante, debe existir una clara voluntad política, pues una sociedad multicultural necesita de políticas que comprendan dicha diversidad cultural y la respeten⁸⁰. Se deben tener en cuenta los rasgos distintivos de cada grupo social, garantizando así su desarrollo personal y su dignidad⁸¹.

Esta voluntad política no se puede quedar en el papel. El ejemplo de ello lo tenemos en España, cuyas normas de extranjería parecen protectoras de los migrantes, pero en realidad -como sucede en Europa- se muestra una doble moral. Así, nuestro máximo intérprete constitucional, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2007, al hilo de analizar una de las reformas más importantes de la LO de Extranjería, concluyó que los migrantes eran titulares de los derechos vinculados a la dignidad humana para acto seguido establecer una diferencia entre nacionales y extranjeros en función de los derechos de los que estuviéramos hablando conforme a su situación administrativa⁸². De esta forma, vemos cómo se sigue manteniendo en España, como en la mayoría de Estados europeos, el concepto de ciudadanía para mantener fuera y excluidos a los extranjeros que quieran entrar⁸³. “*Parece que, en realidad, las élites europeas quieren que las personas en movimiento vengan, pero que lo hagan sin derechos*”⁸⁴. En este sentido, resulta más que dudoso que la limitación de los derechos de los migrantes, en el sentido que hemos, visto se ajuste a un respeto de la dignidad personal. Además, si esta limitación la asociamos a la condición de no ciudadano, se evidencia así -y no sólo en el concreto caso español-, la ausencia de una auténtica cultura multirracial, un “*déficit de inclusión*”⁸⁵, al mismo tiempo que la contradicción con el citado principio de universalidad de los derechos.

⁸⁰ MANZANEDO, C., “Las migraciones en...”, *op. cit.*, p. 26.

⁸¹ ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 66-67, quien señala que esto deberá ser así especialmente en relación con los grupos generalmente ignorados por el grupo dominante (hombre, blancos).

⁸² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos...”, *op. cit.*, p. 98, con nota a la obra del mismo autor, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 12, 2011, pp. 25 y ss.

⁸³ ESTÉVEZ, A. “¿Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 69; con referencias a LISTER, R., *Citizenship: Feminist Perspectives*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2003; y LISTER, R., “Inclusive citizenship: Realizing the potential”, en *Citizenship Studies*, n° 11 (1), 2007, pp. 49-61.

⁸⁴ RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., “El naufragio de...”, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁵ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, p. 3.

Si estamos hablando de un problema estructural, debemos tener unas políticas públicas activas y no sólo en el ámbito de las políticas migratorias, pues el problema no está relacionado estrictamente con el fenómeno migratorio, sino con los propios valores inherentes a un Estado democrático de Derecho. Esto es, los poderes públicos no se pueden quedar al margen de estos cambios que están experimentando nuestras sociedades, sino que deben implicarse y fomentar políticas de igualdad y respeto a la dignidad personal que reflejen dichos cambios. Y como hemos visto, el problema no va a ser tanto la ausencia de normas que regulen el tema -porque existen y consideran legítimas las limitaciones de derechos-, sino el enfoque se les dé a las mismas. Debemos apostar por un enfoque integral y funcional del problema, desde el respeto y garantía de la dignidad personal de todos y cada uno de los sujetos que integran el Estado, al margen de su pertenencia o no a los mismos.

Esto es especialmente necesario, como venimos diciendo, atendiendo a los cambios que está experimentando nuestra sociedad. Lo contrario atenta, en último término contra la dignidad de las personas y contra la convivencia democrática de todos los sujetos que integramos la sociedad. *“Nuestra respuesta a la inmigración es un test de cómo entendemos la gestión de la multiculturalidad”*⁸⁶.

Así las cosas, como hemos visto, si bien este fenómeno puede encontrarse más o menos regulado e integrado en las Leyes de extranjería de los diferentes Estados, la cuestión es un problema de fondo, que se aleja del terreno jurídico, para pasar al terreno social, pero que en todo caso e ineludiblemente sólo a través de normas podrá solucionarse.

Por todos los anteriores motivos, para contribuir a una política migratoria respetuosa con los derechos de los migrantes y, por lo tanto, con su dignidad, en primer lugar, no podemos visualizar la migración, y más en concreto la inmigración, como un problema. Si consideramos la inmigración exclusivamente como fuente de problemas, nuestra política migratoria sencillamente buscará disminuir la fuente del problema, y la solución que adoptará será restringir en lo posible la entrada de inmigrantes, esto es, una política de puertas cerradas. Pero no podemos negar la realidad que la globalización lleva consigo y es la creación de

⁸⁶ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, p. 4.

sociedades que integran individuos con identidades culturales y sociales diferentes, que no entienden de términos jurídicos ni de nacionalidades, sino de convivencia en igualdad de condiciones porque el respeto a la dignidad humana no entiende tampoco de fronteras.

Una acertada política migratoria será aquella que aceptando el flujo de personas, aspire a regularlo, de modo que puedan venir las personas que necesitamos, que puedan hacerlo por vías legales, y una vez aquí gocen de todos los derechos de nuestras leyes, y estén sometidos a todos sus deberes.

En segundo lugar, pero en línea con lo anterior, debemos proceder a una correcta regulación de la entrada de inmigrantes. No seguir un modelo de puertas cerradas. No tiene sentido que impidamos la entrada legal a cierto número de inmigrantes que sabemos que nuestra sociedad reclama para, posterior y periódicamente, proceder a regularizaciones de los que entraron por vías ilegales. Y como ejemplo tenemos el proceso de regularización que tuvo lugar en España en febrero de 2005 durante el Gobierno del Partido Socialista⁸⁷. Debemos contribuir a borrar el discurso político que transforma a los inmigrantes en mano de obra barata, pues cosificamos personas a la vez que “*nos negamos a considerar en su integridad, como fenómeno social global*”⁸⁸.

En tercer lugar, enlazado también con la cuestión anterior, debemos potenciar campañas de tolerancia y normalización, teniendo en cuenta que muchos de los problemas vienen del miedo a lo diferente, a lo nuevo o desconocido, del hecho de ver “cosas” y no personas. No podemos negar que la propia naturaleza social de los humanos, que buscan construir entornos homogéneos y estables, explica que, en principio, siempre se reciba con recelo y con miedo al otro, al que viene de fuera, al extraño. Pero no somos animales, somos personas racionales y como tales debemos crear una cultura del respeto hacia los otros. Si no lo hacemos, veremos cómo se incrementan las dificultades de integración de estos colectivos. Y para esta correcta integración y evitar así los riesgos de conflictividad social que conlleva una mala integración, es imprescindible arbitrar

⁸⁷ Sobre este tema, vid., por ejemplo, KOSTOVA KARABOYTCHEVA, M. “Una evaluación del último proceso de regularización de trabajadores extranjeros en España (febrero-mayo de 2005). Un año después”, *Documento de Trabajo del Real Instituto El Cano*, DT 15/2006, de 14 de agosto de 2006.

⁸⁸ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, pp. 8-9.

mecanismos de integración. Pero esto debe hacerse en el marco del estricto cumplimiento de las leyes, aunque también en el del disfrute de todos los derechos que éstas otorgan, sin la distinción entre nacionales y extranjeros que sólo contribuye a excluir y marginar a estos últimos.

En cuarto y último lugar, en íntima conexión con las medidas anteriores, cuestión central del problema que hemos analizado, es la necesaria evolución del concepto de ciudadanía para reconocer no sólo formalmente la universalidad de los derechos humanos, sino de la dignidad que lleva implícita. La universalidad de los derechos, que va unida a la dignidad de la persona, no puede vincularse a una determinada situación administrativa. Si esto se hace, se perpetúa el carácter arcaico del concepto de ciudadanía que ha venido siendo utilizado por los Estados contemporáneos y que potencia la imagen del extranjero como un sujeto de clase B. Si no reconocemos al sujeto que tenemos enfrente como a un igual, nunca le podremos hacer sujeto de derechos en las mismas condiciones que a nosotros. Nuestras sociedades han cambiado, ya no volverán a ser sociedades uniformes y homogéneas como hace unos años, sino que son el reflejo de la multiculturalidad y la diversidad, lo que exige no sólo respeto y tolerancia.

La propia lógica de la ciudadanía, especialmente en sociedades modernas, plurales y democráticas como las nuestras, debería implicar una integración funcional de los migrantes dentro de dichas sociedades, para lo cual se exige una adecuada regulación de las condiciones de entrada, estancia y permanencia en un Estado. Y si bien es cierto que la regulación de la forma de integración no es una cuestión sencilla⁸⁹, lo que hay que evitar a toda costa es que se les vea sólo como mano de obra necesaria para las sociedades de destino⁹⁰.

En conclusión, debemos aprender mucho de la Historia, y no considerar como novedoso un fenómeno que en realidad está en los

⁸⁹ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, pp. 16-17, quien apostando por desvincular la ciudadanía de la nacionalidad y apostando por la condición de residencia, señala que “*La dificultad, como apunté más arriba, estriba en cómo hacer asequible esa condición de residente estable equiparada a la de ciudadano, y hemos discutir si debe tratarse de una condición que se adquiere simplemente tras un período consolidado de residencia (y en ese caso, la duración del mismo: 3, 5, o más años) o si hace falta además superar un test de adaptación o integración y de lealtad constitucional, tal y como, a la imagen de lo dispuesto en los EEUU se ha establecido en recientes reformas en algunos de los países de la UE (pruebas de lengua, de conocimiento de la Constitución)*”.

⁹⁰ ZAPATA, R., *Multiculturalidad e inmigración*, Síntesis, Colección Ciencias políticas, Madrid, 2004.

propios orígenes de la humanidad y que, además, evidencia que muchos de los países emisores de migrantes del pasado son receptores en el presente. Y esto es así en la mayoría de los Estados europeos. Las sociedades actuales, debido a los fenómenos de la globalización y el capitalismo no pueden y no tienen la homogeneidad anterior. Estamos ante sociedades diversas y plurales y debemos comenzar por reconocerlo, pero para ello no sólo es suficiente el respeto y la tolerancia, aunque es un buen punto de partida, pues como hemos visto, la ciudadanía no es más que un muro que niega dicha realidad plural y que tiene una evidente capacidad excluyente, distinguiendo entre lo que podríamos llamar la “población real” y la “sociedad políticamente reconocida”⁹¹.

El Derecho tiene que proteger al más débil, asegurar que los sujetos (todos y entre ellos, especialmente, los más desfavorecidos) tienen garantizados sus derechos, al margen de su catalogación como nacionales o extranjeros de un Estado⁹². Y esto debería ser así no sólo por el principio de igualdad -en tanto que el principio de no discriminación es clave en el marco jurídico internacional de los derechos humanos-⁹³, sino por el principio de universalidad de los derechos humanos y el necesario respeto a la dignidad humana.

Si todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, religión, idioma u origen nacional, en tanto que la igualdad es inherente a la dignidad humana y que la misma “*es igualdad plena, o no es igualdad*”⁹⁴, si no hay igualdad y no se reconoce, “*la dignidad permanecerá degradada o menguada*”⁹⁵, y esto es indignante en un Estado de Derecho pues, en último término, el Derecho deja de servir al más débil y no regula el comportamiento colectivo.

La dignidad humana no debe circunscribirse a un grupo de personas, sino que debe reconocerse a todos los seres humanos por igual. Y si bien aquí los poderes públicos juegan un papel esencial, no podemos olvidar que somos los sujetos que integramos las sociedades los que tenemos que

⁹¹ SUSÍN BETRÁN, R. “Inmigración y muros...”, *op. cit.*, p. 24.

⁹² FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...*, *op. cit.*

⁹³ Al respecto, vid. CONTRERAS HERNÁNDEZ, P., “Migración hacia...”, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁹⁴ LUCAS MARTÍN, J. DE, “La ciudadanía para...”, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 25.

romper con los prejuicios más allá de las normas. “*El futuro de nuestra civilización depende de nuestra capacidad para vivir juntos*”⁹⁶, y esto sólo se consigue desde el respeto. Como decía Nelson Mandela “*todo lo que introduce el principio de discriminación negativa en lo político y en lo jurídico acaba degradando a quienes la padecen y, mucho más, a quienes la promueven o, al menos, la consienten*”⁹⁷.

⁹⁶ JAHANBEGLOO, R., *Elogio de la diversidad*, Arcadia, Barcelona, 2007. Nota extraída de SUSÍN BETRÁN, R. “Inmigración y muros...”, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁷ Cita extraída de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Devoluciones en caliente”..., *op. cit.*, p. 46.



DERECHO DE EXTRANJERÍA: SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DRA. BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Letrada de la Administración de la Seguridad Social

1. Introducción
2. El fenómeno de la inmigración, en especial, en España
 - 2.1. Derecho del Trabajo
 - 2.2. Derecho de la Seguridad Social
3. El fenómeno de la expatriación
 - 3.1. Derecho del Trabajo
 - 3.2. Derecho de la Seguridad Social

1. Introducción

Mantenido en trabajos previos la autonomía del Derecho de Extranjería¹, configurándose como una rama especial, distinta, del ordenamiento jurídico por su sustantividad propia, sí que conviene iniciar el presente señalando que su sustantividad reside, precisamente, en que regula una categoría especial de personas, los extranjeros, consi-

¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *EXTRANJERÍA Y TRABAJO. Aspectos relevantes del Derecho de Extranjería y sus implicaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cuadernos de Civitas (2011), págs.26 -30.

derándose tales a los que carecen de una determinada nacionalidad, a los efectos del ordenamiento interno español, a los que carecen “de la nacionalidad española”, tal y como los define el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), y debido a esta condición, a esta categoría especial, surge una regulación específica y concreta sobre sus actos/relaciones y materia/objeto, es decir, sobre sus derechos y libertades fundamentales (su titularidad y ejercicio), su entrada (visados y acceso al territorio nacional), su permanencia (estancia y residencia), salida (voluntaria u obligatoria), sobre su establecimiento en España (temas relacionados con la nacionalidad, reagrupamiento familiar, matrimonio), obligaciones fiscales (tasas) que afectan, no solo al Derecho de Extranjería, sino también a otras ramas del ordenamiento jurídico: Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Internacional Privado, Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Penal, en fin, Derecho Tributario.

En las siguientes líneas, no se pretende tanto ahondar en el Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social de los extranjeros, remitiéndonos para ello a la bibliografía que aparece al final, sino reflejar la existencia de dos extranjeros, a saber, el emigrante, en general, y el expatriado, en particular, cuya realidad no es la misma, situación ésta que conlleva que su régimen jurídico, incluido el laboral y el de seguridad social, sea diferente.

Efectivamente, junto a la histórica migración existe, y se va consolidando, el desplazamiento de trabajadores a otros países por motivos laborales, el fenómeno de la expatriación, muy probablemente, debido al fenómeno de la globalización de esta, nuestra, era contemporánea. En esta etapa, conviven el emigrante, en búsqueda de oportunidades o por cualesquiera otros motivos, que siempre ha existido desde que el hombre es hombre, y el trabajador expatriado, es decir, el trabajador por cuenta ajena que, estando contratado previamente por una empresa en un Estado, es desplazado por ésta para prestar sus servicios por cuenta ajena en otro Estado, lo que presupone la preexistencia de un contrato de trabajo, un previo vínculo laboral.

En su virtud, dos son los epígrafes principales de este estudio que analizan estos dos fenómenos: (II) el de la inmigración y (III) el de la

expatriación. Por qué al primero hemos denominado inmigración (en vez de emigración) es porque va a atender prioritariamente régimen jurídico del trabajador extranjero en España.

2. El fenómeno de la inmigración, en especial, en España

Las migraciones internacionales son tan antiguas como la propia historia de la humanidad², de tal manera que “la historia humana en gran parte es, o en gran parte se confunde, con la historia de las emigraciones”³ y nos enseña que “los movimientos migratorios colectivos o masivos son fenómenos demográficos naturales e inevitables, provocados por imperiosas situaciones de necesidad –pobreza, falta de trabajo y oportunidades, etc.- que dificultan o imposibilitan a quienes las sufren disponer de unos mínimos recursos”⁴.

¡En Época Contemporánea, las causas de los movimientos migratorios son múltiples y normalmente se hallan interrelacionadas. De entre todas estas causas cabe señalar como las más importantes las siguientes: 1) El crecimiento demográfico y su desigual distribución geográfica. 2) Los efectos de la Revolución Industrial y los avances científicos y sanitarios, que han motivado un descenso importante de la tasa de mortalidad que convive con la alta tasa de natalidad existente. 3) La expansión demográfica, que ha llevado a los excedentes de población a desplazarse a zonas de expansión económica, sin obviar, que el desplazamiento del recurso humano por la máquina en el proceso de producción tuvo como resultado la formación de un excedente de mano de obra, con escasos recursos económicos; este excedente de trabajadores poco cualificados se ve obligado a buscar nuevos territorios para su actividad laboral. 4) La revolución en los medios de transporte, que permite los grandes desplazamientos de población migrante. 5) Causas políticas y socio-culturales, tales como los conflictos, las guerras, las persecuciones ideológicas y políticas, esto es, las migraciones forzadas o semiforzadas.

² Vid LACOMBA, J.: *Historia de las migraciones internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*. Libros de la Catarata (2009).

³ ALONSO OLEA, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Madrid 2001, Cuadernos de Civitas, pág.14.

⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Madrid 2007, Cuadernos de Civitas, pág.11.

6) Las catástrofes naturales como las sequías y las inundaciones que conllevan un notable impacto sobre la población⁵.

Desde esta perspectiva, no es posible “sostener que vivimos en una época en la que los flujos migratorios internacionales presentan unas dimensiones desconocidas hasta el momento”, si bien hay que reconocer que la migración internacional se ha convertido en “un rasgo estructural de la sociedad internacional actual que impone el modelo de globalización dominante”, interdependiente y desigual. En este sentido “las diferencias en las rentas salariales, en las condiciones de vida y en las oportunidades de progreso de los seres humanos que definen la desigualdad internacional son una de las causas (a añadir a las anteriores) que...empujan desde origen y atraen desde destino a emprender la aventura migratoria”⁶.

A nivel mundial, “el número de migrantes internacionales hoy asciende a casi 200 millones, lo cual equivale a la población de Brasil, quinto país más poblado del mundo. Esta cifra es más del doble de la registrada en 1980, hace tan solo 25 años. Los migrantes ahora se encuentran en todo el mundo. Algunos de ellos se trasladan dentro de su propia región y otros viajan de una parte del mundo a otra. Casi la mitad del número total de migrantes son mujeres”⁷ que migran “en proporciones crecientes de modo independiente”⁸.

Y, ¿cuál es el ingrediente básico de estas migraciones internacionales?: A nuestro entender, el económico: se va al extranjero “fundamentalmente, porque en el extranjero existen más posibilidades de empleo. Por eso siempre la primera oleada de movimientos emigratorios coge

⁵ ABU-WARDA, Najib: *Las migraciones internacionales*, revista.ucm.es págs. 39-40. En épocas recientes “a lo largo del siglo XIX y primera mitad del XX tuvo lugar una importante emigración que partió con destino América del Norte. Desde 1800 a 1940 se estima que emigraron 55 millones de europeos. También hacia América, y en menor medida hacia África, emigraron grandes contingentes de asiáticos”.

⁶ RODRÍGUEZ MANZANO, I.: *Migraciones internacionales, pobreza y desarrollo: ¿qué dicen los datos?*, en “*Problemas actuales de la inmigración*”, Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen VII, 2006, pág.183.

⁷ CASTLES, S. y MILLER, M. identifican esta “feminización” como una de las cinco características que definen la actual “era de la migración” en *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, Basingstoke, Palgrave-Macmillan (2003), pag.9.

⁸ Informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*, octubre 2005, pág. 1

a los trabajadores en paro, a los obreros en paro permanente o en paro estacional” (ALONSO OLEA⁹). A este respecto, el mencionado autor, distingue cuatro tipos de emigración:

- Una emigración permanente, en el sentido de que se hace sin intención de volver o volver a la vejez.
- Una emigración semipermanente o temporal, en la cual el individuo se va con la intención de volver y, real y efectivamente vuelve, en proporciones determinables e importantes.
- Una emigración de temporada, en términos laborales, para obra fija o trabajo determinado; son salidas por períodos de tiempo muy cortos, con vuelta automática y masiva.
- Un caso especial, aunque sumamente peculiar en su tratamiento, que son el de los trabajadores fronterizos; los que residen en otro país y trabajan en el nuestro, cruzando la frontera diaria o semanalmente.

La decisión de migrar emana de un conjunto de factores (*push*) y de atracción (*pull*) que actúan desde el país de origen y desde el país de destino, respectivamente. En tal sentido, el migrante internacional es considerado como un actor racional que se ve empujado por la privación económica, los bajos salarios, el incremento de la población o la inestabilidad política de sus países de origen, al tiempo que es atraído por las potenciales posibilidades de empleo y otras ganancias en el país de destino¹⁰.

Adaptado a nuestros días, “la condición de migrante está vinculada al disfrute de cierto nivel de desarrollo socioeconómico; a la percepción de una situación de carencia relativa respecto al entorno más directo y a la falta de oportunidades de progreso en el país de origen...la decisión de

⁹ Empleo y emigración; hechos y problemas en “Problemas Políticos de la Sociedad Actual”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (1965), págs. 16-17.

¹⁰ CASTLE, S; KOSACK, G (1973) *Immigrant workers and class in Western Europe*, London, Oxford University Press. TODARO, M. (1976): *International migration in developing countries*, Geneve, Internacional Labour Organization. BORJA, G. (1990): *Friends of Strangers. The impact of immigrants on the U.S. Economy*, Washington D.C., Basic Books; PORTES, A; BOROCZ, J. (1998): *Migración contemporánea: perspectivas teóricas sobre sus determinantes y sus modalidades de incorporación* en MALGESINI, G.: *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Barcelona, Icaria, citados todos ellos por RODRÍGUEZ MANZANO, I.: *Migraciones internacionales, pobreza y desarrollo: ¿qué dicen los datos?*, *ob cit*, págs.183-184.

emigrar se ve alentada también por la existencia de redes sociales entre este país y el de destino. Estas redes no sólo facilitan el desplazamiento y la inserción en el receptor, además permiten establecer un vínculo entre los que se van y los que permanecen a través de la ejecución de prácticas transnacionales de la más diversa naturaleza”¹¹; de aquí deriva asimismo la importancia económica de la migración internacional.

En la Unión Europea, según datos de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *V Informe Anual de Migración y Asilo (2013)*¹², “a principios de 2013, la población de la UE era de 503 millones, 204 de los cuales eran nacionales de terceros países, lo que correspondía al 4 % de la población total. En 2012 se expidieron a nacionales de terceros países 2.100 000 permisos de primera residencia. De éstos, un 32 % se concedió por razones familiares, un 23 % por actividades remuneradas, un 22 % por estudios y un 23 % por otras razones (incluida la protección internacional). Los países cuyos nacionales recibieron el mayor número de permisos fueron Estados Unidos con 200.000 nacionales, que representaban un 95 % del total, seguidos por Ucrania, China e India, con un 75 % del total (163.000, 161.000 y 157000, respectivamente). Un número importante de permisos (entre el 5 % y el 25 % del total) se expidieron a nacionales de Marruecos (102.000), Rusia (66.000), Filipinas (62.000), Turquía (59.000) y Brasil (51.000)”.

En el caso concreto de España, el total de personas inscritas en el Padrón en España a 1 de enero de 2016¹³ “es de 46.524.943 habitantes, según el Avance de la Estadística del Padrón Continuo”. De este total, “41.923.671 tienen nacionalidad española y 4.601.272 son extranjeros, lo que representa el 9,9% del total de inscritos”. Las Comunidades Autónomas con mayor proporción de extranjeros son “Illes Balears (17’0%), Región de Murcia (13’7%) y Cataluña (13’6%). Cabe señalar también la ciudad autónoma de Melilla (15,5%). Por el contrario, las que tienen menor proporción de extranjeros son Extremadura (3’1%), Galicia (3’2%) y Principado de Asturias (3’9%). Los extranjeros inscritos en el

¹¹ RODRÍGUEZ MANZANO, I.: *Migraciones internacionales, pobreza y desarrollo: ¿qué dicen los datos?*, ob cit, pág.184.

¹² Bruselas, 22.5.2014. COM (2014) 288 final.

¹³ Nota de prensa del INE de 28 de abril de 2016, págs. 1, 6 y 7.

Padrón Continuo pertenecientes a la UE-28 suman 1.835.584. Dentro de éstos, los más numerosos son los rumanos (715.136), seguidos por los británicos (253.928) y los italianos (181.848). Entre los extranjeros no comunitarios, destacan los ciudadanos marroquíes (753.425), los chinos (199.661) y los ecuatorianos (158.070)” .

De estos datos se desprende que la inmigración se ha convertido en un tema de máximo interés desde el punto de vista económico, social, demográfico y cultural, resultando evidente la transformación de nuestro país en tierra de destino, sobre todo a partir del año 2000, fecha en que las llegadas triplican la cifra del año anterior, frente al contexto político y social en el que fue promulgada nuestra Constitución, caracterizado “por una mayor preocupación por la emigración de los españoles... (frente a) una casi inapreciable presencia de inmigrantes en nuestro país”¹⁴. Tenemos pues que readaptarnos.

Con estos antecedentes, se trata de exponer a continuación, siquiera brevemente, cuál es la normativa interna española a aplicar, para lo cual, hay que partir, en primer lugar, del artículo 13 de la Constitución Española (CE), a cuyo tenor, *los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos*. Entre los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en el Título I CE nos hallamos con: El derecho al trabajo (artículo 35 CE), el derecho a la seguridad social (artículo 41 CE) y el derecho a la asistencia sanitaria (artículo 43 CE).

Su exégesis requiere que se tenga que acudir a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; 115/1987, de 7 de julio; 112/1991, de 20 de mayo; 130/1995, de 11 de septiembre; 95/2000, de 10 de abril; 236/2007, de 7 de noviembre) que declara y sienta las siguientes premisas:

(1) La titularidad y el ejercicio de los derechos (y libertades) fundamentales de los extranjeros en España “debe deducirse de los preceptos que

¹⁴ AJA FERNÁNDEZ, E.: *La Evolución normativa sobre inmigración* en “Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)”, Cibod (2006).

integran el Título I”. Ello comporta que el legislador, “aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar” los términos en los que los extranjeros han de gozar de los derechos y libertades en España, “se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 CE”, no gozando “de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado”.

(2) A partir de esta conclusión efectúa una clasificación de los derechos y libertades de los extranjeros, distinguiendo entre:

2.1.-Derechos que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”. Se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano... imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”, “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10.1 CE)¹⁵; ésta, la dignidad de la persona, “obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla”. Se erige, pues, a “la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”, y se convierte en “un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España”¹⁶. Son, por ello, derechos cuya titularidad y ejercicio la Constitución reconoce directamente a los extranjeros, cualquiera que sea su situación.

Como tales derechos, nuestro Alto Tribunal, declara y recoge en sentencias previas, entre otros: “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica”¹⁷, el

¹⁵ SSTC 107/84, de 23 de noviembre, fto.jco.4; 99/1985, de 30 de septiembre, fto.jco. 2; 130/1995, de 11 de septiembre, fto.jco. 2.

¹⁶ Fundamento 3º.

¹⁷ STC 107/1984, de 23 d febrero, fto.jco.4

“derecho a la tutela judicial efectiva”¹⁸, “el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita”¹⁹, “el derecho a la libertad y a la seguridad”²⁰, “el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”²¹.

Según la doctrina, se trata de “derechos fundamentales que acompañan a la personalidad, derechos de carácter absoluto y esgrimibles *erga omnes*”²². El “carácter común de estos derechos hace que los extranjeros puedan recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional...de tal modo que en la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo interpuesto por un extranjero, en ningún momento se ve cuestionada la legitimidad del recurrente por razón de su nacionalidad”²³.

2.2. Derechos, cuya titularidad, “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros, refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y a asociación” que el legislador, por ello, no puede negarles, “aunque sí que puede establecer condicionamientos adicionales respecto a su ejercicio”, pero respetando, “en todo caso, las prescripciones constitucionales” pues el legislador no puede configurar libremente “el contenido mismo del derecho, cuándo éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros”, ya que una cosa es “autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”²⁴. En lo que nos atañe, las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 recogen como tales los derechos de sindicación y de huelga.

¹⁸ STC 99/1985, de 30 de septiembre, fto.jco.2.

¹⁹ STC 95/2003, de 22 de mayo, fto.jco.4.

²⁰ SSTC 115/ 1987, fto.jco 1; 144/1990, de 26 de septiembre, fto.jco.5.

²¹ STC 137/2000, de 29 de mayo, fto.jco.1.

²² DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, segunda edición (2005), Thomson-Civitas, págs. 39 y 40.

²³ CRUZ VILLALÓN, P.: *Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; las personas jurídicas*, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 35 (1992), pág. 68.

²⁴ STC 115/1987, fto.jco.3.

2.3. Derechos de los que son titulares “los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes”, esto es, “derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En este caso, “la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, si bien, esta libertad está “restringida”, no es “absoluta” ni tampoco “incondicionada”, pues el artículo 13 Const. autoriza al legislador a establecer “restricciones” y “limitaciones” siempre que no afecten, en cuanto a la titularidad, a derechos que sean “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” ni “al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”; en cuanto a su ejercicio –mejor dicho, “las condiciones de ejercicio”- solo serán constitucionalmente válidas si, respetando “su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

En este supuesto, el legislador “puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español”. Esta opción “no es constitucionalmente ilegítima”²⁵ pero también “está sometida a límites constitucionales” pues “el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa”

²⁵ SSTC 107/1984, de 20 de noviembre, fto.jco. 4; 242/1994, de 20 de julio, fto.jco.4; 94/1993, de 22 de marzo, fto.jco. 4; 95/2000, de 10 de abril.

(con otra de sus frases “no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España”), aunque dicha carencia si “impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad”.

De sus sentencias previas, cita como tales: el derecho al trabajo²⁶, el derecho a la salud²⁷, el derecho a percibir una prestación por desempleo²⁸, el derecho de residencia y desplazamiento en España²⁹.

(3) Las normas constitucionales –incluidas las que reconocen el derecho a la seguridad social y al derecho a la asistencia sanitaria–, en aplicación del artículo 10.2 CE, han de ser interpretadas teniendo en cuenta “la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales”, de tal manera que el legislador español, al regular los derechos de los extranjeros, está limitado por los tratados internacionales ratificados por España, pues “como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, que se convierte así en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (SSTC 242/1994, de 20 de julio y 24/2000, de 31 de enero), siendo, en todo caso, al Tribunal Constitucional a quien le “corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos ex art. 10.2 CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con

²⁶ STC 107/1984, de 20 de noviembre, comentada por ALONSO OLEA, M. en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo II, 1984, Civitas, ref. 129.

²⁷ 95/2000, de 10 de abril, comentada por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XVIII, 2000, Civitas, ref.1137.

²⁸ STC 130/1995, de 11 de septiembre, comentada por GALIANO MORENO, J en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XIII, 1995, Civitas, ref. 918.

²⁹ SSTC 94/1993, de 22 de marzo comentada por GALIANO MORENO, J. en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI, 1993, Thomson-Civitas, ref. 724; 242/1994, de 20 de julio; 24/2000, de 31 de enero.

ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución” y declarar la inconstitucionalidad “si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades”.

De esta jurisprudencia constitucional se desprende que, el derecho (individual aquí tratado) al trabajo y el derecho a la seguridad social: 1) son derechos de configuración legal, lo que comporta que el legislador pueda exigir a los extranjeros la situación de estancia o residencia como presupuesto para la titularidad y el ejercicio de los mismos; 2) tienen que ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales.

Qué es lo que ha hecho el legislador en la configuración legal de estos derechos, es lo que a continuación se pasa a exponer, dividiendo para ello su estudio en: (II.1) Derecho del Trabajo y (II.2) Derecho de la Seguridad Social.

2.1. Derecho del Trabajo

El Tribunal Constitucional ya declaró desde sus primeras sentencias que “no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo”, que “el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone...a la Constitución”³⁰. *Sensu contrario*, el trabajador extranjero que haya obtenido la pertinente autorización tiene y goza de los mismos derechos, individuales y colectivos, laborales que un trabajador español.

El régimen jurídico de estas autorizaciones está contenido en la LOEx y en su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (DEx), normativa a la que se remite el artículo 7.c) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) cuando dice que “podrán

³⁰ STC 107/84, de 23 de noviembre, fto.jco. 4.

contratar la prestación de su trabajo...los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

Sin entrar en su análisis exhaustivo, para lo cual, de nuevo, nos remitimos a la bibliografía mencionada al final, sí que conviene retener tres ideas fundamentales, a saber:

En primer lugar, ha de quedar claro que la LOEx y el DEx regulan el régimen jurídico del trabajador extranjero no comunitario. Los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario (países que integran el Espacio Económico Europeo), se rigen por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la LOEx “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (artículo 1.3 LOEx). Los ciudadanos de la Unión Europea tienen su propia regulación sobre entrada, libre circulación y residencia en España contenida en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En segundo lugar, el extranjero puede trabajar en España siempre que se halle en España en una *situación legal determinada*, y esta situación es la de *residencia*, ya sea temporal ya sea de larga duración (artículo 30 bis LOEx); una y otra, requieren de una resolución de las Administración Pública española, esto es, de una autorización administrativa expresa que reconozca la residencia temporal y/o la residencia de larga duración. En el caso de residencia temporal, ésta se concede si el extranjero: 1) acredita dispone de medios de vida suficiente para atender sus gastos de manutención y estancia; 2) se propone realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena³¹; 3) es beneficiario del derecho a la reagrupación familiar (artículo 31.2 LOEx). En el supuesto de residencia de larga duración, se obtiene cuando el extranjero haya residido en territorio español, de forma legal y continuada, durante cinco años (artículo 32.2 LOEx).

³¹ Sobre las consecuencias de la carencia de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, *vid*, ALONSO-OLEA GARCÍA. B., *Extranjería y Trabajo: Aspectos relevantes del Derecho de Extranjería y sus implicaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cuadernos de Civitas (2001), págs.173-208.

En tercer y último lugar, es que la LOEx -y más su reglamento de desarrollo-, parten de una premisa básica, a saber, que, salvo casos especiales excepcionales³², la única vía para contratar inicialmente a un trabajador extranjero por cuenta ajena, no residente en España, es a través de la *contratación en origen*. Al efecto, la LOEx y el DEx establecen, como régimen general, un procedimiento de autorización de residencia y trabajo en el que se inserta el procedimiento de obtención de visado de residencia y trabajo. Una vez obtenida la autorización, queda ésta en suspenso hasta que se produzca la entrada en territorio español en el plazo de vigencia del visado, no superior a tres meses, así como el alta en el Régimen General de la Seguridad Social (en realidad, afiliación y alta); una vez comience a trabajar, se inicia la dinámica de la obligación de cotizar. Esta contratación en origen, también, se puede llevar a efecto a través de la denominada gestión colectiva de contrataciones en origen.

Junto a esta autorización, llamémosla, ordinaria de residencia y trabajo por cuenta ajena, la LOEx y el DEx establecen autorizaciones especiales: para investigación, profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE, de duración determinada, trabajo por cuenta propia, en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, trabajador fronterizo y extranjero que haya retornado voluntariamente a su país.

Asimismo, la LOEx y el DEx, regulan las excepciones a la autorización de trabajar.

2.2. Derecho de la Seguridad Social

El derecho a la seguridad social de los extranjeros está previsto en el artículo 14 LOEx, a cuyo tenor:

1. *Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*
2. *Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las*

³² La LOEx y el DEx contempla como tales las autorizaciones: Por arraigo social y laboral, mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, colaboración contra bandas organizadas y extranjeros víctimas de trata de seres humanos.

específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

3. *Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.*

En lo que atañe al Derecho propiamente de la Seguridad Social, el extranjero que esté en posesión de la pertinente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena tiene derecho a las prestaciones contempladas en nuestro sistema de Seguridad Social, tanto a las prestaciones de la modalidad contributiva como a las de la modalidad no contributiva. Así lo establece el mencionado artículo 14.1 LOEx y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), artículo 7, apartados 1 y 2, respectivamente. De la modalidad contributiva puesto que son beneficiarios, al estar incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España”, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional (artículo 7.1 LGSS). De la modalidad no contributiva puesto que están comprendidos “en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, los extranjeros que residan legalmente en territorio español”, en los términos previstos en la LOEx y, en su caso, “en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto” (artículo 7.2 LGSS).

La problemática surge con los extranjeros que se encuentren en situación irregular. *Grosso modo*³³, en la modalidad contributiva, hay que distinguir entre contingencias profesionales y contingencias comunes, teniendo derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales en aplicación del Convenio núm.19 de la OIT, de 5 de junio de 1925, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros

³³ Con más detenimiento, ABARCA JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MARTÍN DÉGANO, I., VARGAS URRUTIA, M.: *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson 2ª edición (2016), págs. 229-241.

y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, mientras que su respuesta ha de ser negativa, caso de las prestaciones por contingencias comunes, en aplicación de los tratados y acuerdos internacionales que exigen una residencia legal (y no de hecho): Convenio núm. 97 de la OIT, de 1 de julio de 1949 sobre los trabajadores migrantes y Reglamento 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010 por el que se amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 y del Reglamento 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. Este es el criterio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial, en lo que respecta a la prestación por desempleo.

A la misma conclusión (que el extranjero ha de residir legalmente y no de hecho) se llega, tratándose de la modalidad no contributiva puesto que, para causar derecho a estas prestaciones, la LGSS exige residir legalmente en territorio español: artículo 352.1.a LGSS (asignación económica por hijo o menor a cargo), artículo 363.1.b LGSS (pensión de invalidez no contributiva) y artículo 369.1 LGSS (pensión de jubilación no contributiva).

3. El fenómeno de la expatriación

El fenómeno de la expatriación, se considera, es una consecuencia de la internacionalización de las relaciones laborales. Este fenómeno es, no solo complejo, sino que abarca una pluralidad de situaciones a partir de las que surge la transnacionalidad. Puede obedecer a la descentralización productiva de la empresa “que no conoce un único modelo ni se sustenta en el empleo de una única figura contractual... como los contratos de agencia, de concesión o distribución comercial, de franquicia, *merchandaising*, *engineering*, *factoring*, *catering*, de puesta a disposición de trabajadores, etc”³⁴; a la ejecución por empresas

³⁴ GÁRATE CASTRO, J., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Colección Laboral Tirant lo Blanch (2012), pag.15. Lo importante, en estos supuestos, “no es la nacionalidad del trabajador sino el establecimiento de la empresa con la que está vinculado... responsable empresarial del desplazamiento”, ESTEBAN DE LA ROSA CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, G., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares (2002), pág.131.

españolas de contratos de obras en países extranjeros de cualesquiera infraestructuras o prestación de servicios para los cuales decide/tiene que desplazar a sus trabajadores. Estos desplazamientos de mano de obra son indispensables, igualmente, “para el desarrollo de la subcontratación internacional”³⁵. Características de todas ellas es la aplicación simultánea de diferentes ordenamientos jurídicos y los problemas que plantean, básicamente, giran en torno a la determinación de la legislación aplicable y a la competencia judicial.

Todas estas figuras tienen su base, fundamentalmente, en cuestiones de naturaleza mercantil y fiscal, y tienen una enorme complejidad técnica si se tiene en cuenta la “extraordinaria dispersión normativa existente en la ordenación de los diferentes aspectos implicados en esta materia, la frecuencia de los cambios normativos, así como la multiplicidad de técnicas jurídicas que hay que manejar para una cabal y global comprensión de la regulación”³⁶. Lo que es cierto, es que es ya un hecho incuestionable e imparable por el mundo en que nos hallamos.

La empresa pueda llevar a cabo este proceso de internacionalización bien contratando a los trabajadores en el país de destino bien sirviéndose de sus propios trabajadores ya previamente contratados en el país de origen. En este último supuesto es cuando nos encontramos ante el fenómeno de los desplazamientos, ante el fenómeno de la expatriación.

La característica y/o peculiaridad de estos trabajadores es que, al estar en contacto los ordenamientos de dos (o más) países -llamados Estado de envío (también Estado de origen, Estado de establecimiento) y Estado de empleo (asimismo denominado Estado de destino, Estado de recepción, Estado de acogida)- hay que determinar cuál es la ley aplicable al contrato de trabajo cuál a la relaciones jurídicas de seguridad social acudiendo para ello a una técnica propia del Derecho Internacional Privado mediante el establecimiento de unas normas de conflicto recogidas en el Derecho Internacional Público, esto es, en tratados, acuerdos, convenios internacionales, multi o bilaterales.

³⁵ MOLINA MARTÍN, A.M., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*, Aranzadi (2010), pág.25.

³⁶ ESTEBAN DE LA ROSA CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, G., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, ob. cit., pág.10.

Para analizar esta temática, hay que, diferenciar, de nuevo, entre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social bien entendido que las dos relaciones jurídicas, laboral y de seguridad social, están íntimamente vinculadas entre sí (sin trabajo, no hay afiliación, sin salario, no hay cotización). Ahora bien, aun con esta vinculación, hay que partir de una premisa fundamental, a saber, que las normas sobre determinación de la legislación aplicable son distintas y no están contenidas en las mismas normas internacionales.

Esta diferenciación obedece a que, así como en las de fijación de la ley aplicable a los contratos de trabajo participan dos sujetos privados, empresario y trabajador, nos hallamos ante relaciones jurídicas privadas, las relaciones jurídicas de Seguridad Social (afiliación/cotización), aunque presupongan esta relación privada, se mantienen con el Estado lo que las dota de un eminente carácter público, el cual establece cuáles son los requisitos para tener la condición de afiliado/asegurado, en qué consiste la obligación de cotizar: su dinámica (nacimiento, duración y extinción) y sus elementos (los sujetos, obligado y responsable, el objeto, la base y el tipo de cotización). Este carácter público se manifiesta en que requieren de una actuación, de un acto administrativo (una resolución), de reconocimiento de la condición de afiliado/asegurado.

Ello conlleva, a su vez que, mientras que las normas de conflicto aplicables al contrato de trabajo dan cabida a la autonomía de la voluntad, las normas sobre determinación aplicable a las relaciones jurídicas de Seguridad Social, es inexistente esta libertad puesto que son imperativas.

Este carácter público e imperativo, no dispositivo, de las normas de conflicto de seguridad social, se agudizada en extremo en los desplazamientos temporales en los que los Estados firmantes, rompiendo con el principio de territorialidad que preside los tratados y convenios internacionales, permiten que tales relaciones (afiliación/cotización) se sigan manteniendo con el Estado de envío emitiendo, al efecto, los correspondientes certificados de legislación aplicable por cuya virtud no se aplica la legislación del Estado de empleo. En España, las instituciones competentes para expedir los certificados de legislación aplicable son la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Con estas premisas se expone a continuación (III.1) las normas sobre determinación de la legislación aplicable al contrato de trabajo (Derecho

del Trabajo) y (III.2) las normas de conflicto aplicables a las relaciones jurídicas de seguridad social (Derecho de la Seguridad Social).

3.1. Derecho del Trabajo

Las normas sobre determinación de la legislación aplicable al contrato de trabajo están contenidas en el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Roma I. Como señala su Considerando sexto, su razón de ser es que “las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”. Nacen pues, con un objetivo esencial y principal, que sean de “aplicación universal” (artículo 2 Roma I).

Las normas de conflicto aplicables a los contratos individuales de trabajo está contenida en el artículo 8 Roma 1, a cuyo tenor:

1. *El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.*
2. *En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.*
3. *Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.*
4. *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.*

Así pues, la regla general es la autonomía de la voluntad Roma I establece, la ley elegida por las partes manifestada de forma expresa en el contrato o resultar, dicha elección, de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Puede referirse a la totalidad o solo a una parte del contrato (artículo 8.1 en relación con el artículo 3.1 Roma I). Como indica la doctrina, no se exige “ninguna conexión entre la ley escogida y algún elemento de la relación laboral, resultando absoluta la autonomía de la voluntad”³⁷. En cuanto a su contenido, asimismo, la libertad de la partes se reconoce con amplitud, la ley elegida, “no parece que tenga que guardar conexión alguna con el negocio de que se trate”³⁸. Esta regla general, autonomía de la voluntad, tiene dos excepciones derivadas de normas imperativas: 1) el orden público del foro (artículo 21.1 Roma I) y 2) las normas imperativas (artículo 8.1 Roma I).

En defecto de elección de la partes rige la *lex locis laboris* (artículo 8.2 Roma I) que juega tanto por vía supletoria (en defecto de elección de las partes) como por la vía imperativa puesto que el acuerdo entre las partes no puede excluir las normas imperativas ni las de policía.

Cuando no pueda determinarse la ley aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2 Roma I (*lex locis laboris*), “el contrato de regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”, la *lex locis delegationis* (artículo 8.3 Roma I), que no necesariamente tiene que coincidir ésta con el domicilio social de la empresa.

Además de Roma I, para solucionar los conflictos jurisdiccionales, en el ámbito de la Unión Europea, se dictó el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Bruselas I *bis*. La competencia en materia de contratos individuales de trabajo está regulada en los artículos 20-23 Bruselas I *bis*, a cuyo tenor:

³⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LASTAS, R., *El contrato de trabajo internacional*, Thomson Reuters Lex Nova (2013), págs.98.

³⁸ MONTOYA MELGAR, A., GALIANO MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A., *Derecho Social Europeo*, Tecnos (1994), pág.151.

Artículo 21

1. *Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:*

a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o

b) en otro Estado miembro:

i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o

ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

2. *Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).*

Artículo 22

1. *Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio.*

2. *Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección.*

Artículo 23

Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección.

Bruselas I *bis* evita, de una parte, que los órganos jurisdiccionales de varios Estados “se declaren competentes y dicten resoluciones

incompatibles entre sí sobre un mismo asunto; de otra, que se elija un foro de conveniencia, impidiendo las prácticas de *forum shopping*³⁹.

3.2. Derecho de la Seguridad Social

Las normas sobre determinación de la legislación aplicable a las relaciones jurídicas de seguridad social (afiliación/cotización) adolecen de más complejidad, si cabe, que las normas de conflicto del contrato de trabajo. Basta con decir que no hay un único tratado, convenio o acuerdo internacional, sino que hay una multiplicidad de ellos, multi y bilaterales⁴⁰, por lo que, la primera premisa de la que hay que partir es que, dependerá(n) de donde vaya a ser desplazado el trabajador para que se aplique, si es que existe, un tratado (o convenio) u otro. Caso de que no exista convenio o tratado internacional a aplicar, el ordenamiento interno español arbitra como fórmula para solventar la cuestión, el considerar a estos trabajadores en situación asimilada al alta, puesto que, a tenor del artículo 166.3 LGSS, se consideran en tal situación “el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional”.

Estas normas de conflicto de los tratados y/o convenios internacionales distinguen entre desplazamientos definitivos y temporales, estableciendo un régimen jurídico distinto a aplicar en uno (definitivo) u otro caso (temporal). Revisten una especial complejidad cuando el desplazamiento del trabajador expatriado es temporal puesto que es cuando no se aplica la regla general, la ley del Estado de empleo (*lex locis laboris*) -basada en el principio de territorialidad- sino la regla especial por cuya virtud se sigue aplicando la legislación del Estado de envío requiriéndose, al efecto, que sus instituciones competentes expidan los denominados certificados de legislación aplicable cuya denominación, modelo y formulario varía en función del tratado o convenio internacional a aplicar.

Característica esencial es que estos convenios y tratados internacionales dejan intacta las legislaciones nacionales (material/sustantiva) de los Estados Parte sobre (su) seguridad social, estando destinadas sus normas

³⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y SÁNCHEZ-CERVERA, J.M., *Aspectos jurídico-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi (2012), pág.167.

⁴⁰ Todos ellos recopilados y analizados en ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi (2016).

de conflicto a *coordinar* los sistemas públicos de seguridad social de los Estados Parte, acudiendo a una técnica propia del Derecho Internacional Privado.

Con otras palabras, “los sistemas públicos de seguridad social de cada Estado se coordinan para su aplicación a las situaciones internacionales, y aunque se trata en verdad de sistemas públicos, su coordinación se realiza mediante el diseño e implementación de técnicas de Derecho Internacional Privado, básicamente normas de conflicto. El punto de partida de todas estas técnicas es, por tanto, el carácter nacional de los sistemas públicos de seguridad social que deben ser coordinados. Y el principal cometido de estas técnicas será la determinación de la legislación nacional aplicable a cada supuesto de hecho de seguridad social internacional”⁴¹.

En su virtud, más que normas de conflicto de leyes son normas de conflicto de sistemas, puesto que las mismas son de *coordinación*. No designan qué ley es aplicable sino qué sistema de seguridad social es aplicable, si el del Estado de empleo o el del Estado de envío; fijado éste por la norma de conflicto, ya se aplica la legislación nacional del Estado que resulte competente, su regulación sustantiva y/o material.

Se fundamentan, pues, en un principio esencial, el de unicidad, en base al cual, solo rige la normativa de un Estado, que se aplica como derecho sustantivo/material a las relaciones jurídicas de Seguridad Social, a todos los efectos, incluidos, sus bases y tipos de cotización por (todos) los salarios percibidos (de percibir varios) por el trabajado desempeñado. Comporta como consecuencia fundamental, pues, que se produzca una única afiliación/alta, una única cotización, evitando una duplicidad de ordenamientos nacionales, aplicándose la legislación de un único Estado: o la del Estado de empleo (desplazamientos definitivos, regla general) o la del Estado de envío (desplazamientos temporales, regla especial).

Son estos rasgos particulares: su carácter imperativo, público y de coordinación de sistemas basados en conceptos y técnicas tanto del Derecho Internacional Público como de Derecho Internacional Privado,

⁴¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F., *La seguridad social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas* en La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005), pág.466.

lo que hace que el Derecho de la Seguridad Social Internacional sea tan peculiar y complejo. A ellos obedece, a nuestro entender, el porqué de que la materia “Seguridad Social” quede excluida tanto de Roma I como de Bruehas I *bis*.

4. Conclusiones

La conclusión principal que se extrae es que la migración, no solo es transversal, sino que se ve afectada por dos, digamos, clases de emigraciones, en nuestro caso, dos tipos de trabajadores,: los emigrantes y los expatriados. Unos (emigrantes) y otros (expatriados) pueden tener intereses contrapuestos, lo que benéfica a aquél puede perjudicar a éste, de aquí la dificultad de regular los derechos sociales de estos trabajadores. Se expone como ejemplo el de un trabajador desplazado definitivamente a un país con menos protección social que la española que, de suscribirse el convenio bilateral, supondría aplicarle la legislación del Estado de empleo, en vez de considerársele en situación asimilada al alta, lo que, claramente, le perjudicaría. Por el contrario, el trabajador emigrante quiere su suscripción para que, en su día, sean tomados en cuenta los períodos de cotización efectuados en ese mismo país, lo que incrementará la base reguladora de su pensión que en su día pueda causar. Es de presumir que la voluntad en ambos casos es no celebrarlo si perjudica tanto al trabajador expatriado como al trabajador emigrante. Lo que se trata de poner de manifiesto es que no es tan sencillo como *a priori* aparenta y que en ello confluyen los intereses de la histórica y nueva emigración con los del fenómeno de la expatriación.

En todo caso, en uno y otro caso, ya estemos ante emigración, ya antes expatriación, las normas de Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, deben perseguir la competencia desleal basada en los bajos salarios/bajas cotizaciones sociales de los trabajadores, para conseguir rebajar los costes laborales de producción y así poder ofrecer unos precios más competitivos en el mercado para aumentar sus beneficios, es decir, el dumping social. Éste es uno de los grandes retos al que se ha de hacer frente y contra el que hay que luchar tanto el Derecho Social Internacional como los ordenamientos internos nacionales.

Bibliografía

- AAVV (Coordinador GÁRATE CASTRO), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Estudios sobre la Directiva 96/71/CE*, Aranzadi Thomson Reuters, Ministerio de Ciencia e Innovación y Universidad de Santiago (2011).
- AAVV (Dra. MATORRAS DÍAZ-CANEJA), *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters Aranzadi (2012).
- ABARCA JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MARTÍN DÉGANO, I., VARGAS URRUTIA, M.: *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson 2ª edición (2016).
- ABU-WARDA, Najib: *Las migraciones internacionales*, revista.ucm.es.
- AJA FERNÁNDEZ, E.: *La Evolución normativa sobre inmigración en “Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)”*, Cibod (2006).
- ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, sexta edición, Civitas (2002).
- *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos de Civitas (2001).
- ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, Mª E., *Derecho del Trabajo*, vigesimoséptima edición, Civitas Thomson Reuters (2009).
- ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, decimoséptima edición, Civitas (2000).
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 110 (2002).
- *Las últimas reformas del régimen jurídico de extranjería a raíz de la publicación del Real Decreto 1162/2009 y de la Ley Orgánica 2/2009*, Revista de Derecho Social, núm. 51 (2010).
- *Extranjería y Trabajo: Aspectos relevantes del Derecho de Extranjería y sus implicaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cuadernos de Civitas (2001).
- *Trabajador fronterizo: La libre circulación de trabajadores, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y sus implicaciones fiscales*, Revista General de Derecho Europeo núm. 31 (2013).

- *Derecho de la Protección Social: Derecho a la Seguridad Social, Derecho a la Asistencia Sanitaria y Derecho a los Servicios Sociales*, Civitas Thomson Reuters, 3ª edición (2016).
- *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi (2016).
- *Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y controversia*, Revista Española de Derecho Europeo núm. 62 (2017).
- CASAS BAAMONDE, Mª E.: *Los conflictos de leyes y contratos de trabajo: el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Relaciones Laborales, Tomo II (1993).
- *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas (2001).
- CORREA CARRASCO, M., *El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones en La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005).
- DESDENTADO BONETE, A., *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm.64 (2006).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F., *La seguridad social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas en La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005).
- *Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral*, Revista de información laboral (2011).
- LACOMBA, J.: *Historia de las migraciones internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*”, Libros de la Catarata (2009).
- LOUSADA AROCHENA, J.F y RON LASTAS, R.: *El contrato de trabajo internacional*, Thomson Reuters Lex Nova (2013).
- MOLINA MARTÍN. A., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*, Aranzadi Thomson Reuters (2010).
- MONTOYA MELGAR, A.: *El Derecho Internacional de la Seguridad Social*, Revista de Política Social núm.61 (1964).
- *El empleo ilegal de inmigrantes*, Cuadernos de Civitas (2007).

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a P., *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova (2006).
RODRÍGUEZ MANZANO, I.: *Migraciones internacionales, pobreza y desarrollo: ¿qué dicen los datos?* en Problemas actuales de la inmigración, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen VII (2006).



LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DEPORTACIÓN DE LOS MIGRANTES

DR. ARTURO MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ (MÉXICO)¹

Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho.
Titular de las Cátedras de Derecho del Trabajo Individual, Colectivo y Procesal en la
Universidad La Salle de la Ciudad de México.

“El muro no es una solución a la crisis migratoria
que enfrenta el mundo porque sólo genera más odios”
Papa Francisco.

Sumario:

1. Introducción.
2. Los derechos humanos, características y reconocimiento.
3. Los derechos humanos en la constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley Federal del Trabajo.
4. Los derechos humanos desde la perspectiva del trabajo
5. Grupos vulnerables.
6. Trabajadores migrantes.
7. La deportación de los migrantes indocumentados en Estados Unidos de Norteamérica y en México.
8. Violación a los derechos humanos en las deportaciones de indocumentados.
9. Conclusiones.

¹ Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho. Titular de las Cátedras de Derecho del Trabajo Individual, Colectivo y Procesal en la Universidad La Salle de la Ciudad de México. Escuela Libre de Derecho e Instituto de Posgrado en Derecho. Titular del Despacho Martínez y González Asociados, S.C. Presidente Honorario Internacional de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Introducción

Las naciones deben comprometerse a respetar los derechos fundamentales de los migrantes, ya sea que éstos hubieran llegado al país receptor en forma legal o clandestinamente, pues ante todo se debe respetar la dignidad humana por el solo hecho de ser persona.

La migración del hombre siempre ha existido en el mundo. El hombre primitivo era esencialmente nómada y empezó a cambiar su fijación en los lugares de tierras propicias para la siembra y la caza.

En la actualidad, las principales causas de los movimientos migratorios suceden en los países subdesarrollados o emergentes, por situaciones sociales, políticas y económicas desfavorables en la patria de origen, las guerrillas, el alto índice de inseguridad, el surgimiento de organizaciones criminales, el consecuente desempleo, etc., conllevan como consecuencia, que el hombre busque en otros países mayores satisfactores y oportunidades.

Existe la migración definitiva, cuando la persona, que se desplaza va a un país distinto al de su origen, con el propósito de permanecer en él con carácter definitivo y, la provisional, la cual es muy común con las personas que persiguen una finalidad, casi siempre de carácter económica y una vez lograda la misma regresan a su país de origen².

La protección de los trabajadores migrantes ha ocupado siempre un lugar importante en las legislaciones de la mayoría de los países. Estas personas, separadas de su patria, tienen que hacer frente a condiciones nuevas de vida y de trabajo que generalmente ignoran por completo, mal preparados para defender sus intereses en un medio indiferente y con frecuencia hostil, son más susceptibles que los demás a la explotación, en particular cuando se encuentran en situación irregular y son víctimas de trata de personas. Caso típico que podrían mencionarse al respecto es de los trabajadores mexicanos llamados “indocumentados” (“ilegales”, dicen los estadounidenses) que trasponen la frontera norte para emplearse en los Estados Unidos de Norteamérica, dichos trabajadores, frecuentemente acusados de desplazar a los norteamericanos (lo que es falso, pues generalmente se ocupan de las labores más

² Mésquita Barros Cassio. Ponencia “La Situación de los Trabajadores Migrantes” XXVII Jornada iberoamericana. Noviembre 2012. Lima.

humildes, agotadoras y hasta desagradables, es decir, aquellas que los norteamericanos desdeñan), constituyen para sus patrones una mano de obra barata, y mal remunerada, que les contribuye a abatir costos y con ello su prosperidad³.

El derecho de migrar de un lugar a otro, es considerado, sin lugar a duda, un derecho humano. Sin embargo, los migrantes son víctimas frecuentemente de explotación, persecución, extorsión y humillación (disgregación social), puesto que la migración es percibida solamente como una cuestión de control de fronteras y no como un asunto de derechos humanos, convirtiéndose los migrantes en un grupo vulnerable, por lo que, los países deben otorgar una mejor y mayor protección de estos derechos y prevenir con actuaciones positivas actos violatorios de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios⁴.

Por lo tanto, debemos adentrarnos en comprender y saber cuáles son los derechos humanos, si éstos están siendo violados al deportarse a personas que carecen de documentación, analizando el estado actual por la que atraviesan nuestros compatriotas en el vecino país del norte y el penoso transitar por territorio mexicano de nuestros hermanos centroamericanos.

2. Los derechos humanos, características y reconocimiento

Concepto:

La expresión “**derechos humanos**” hace referencia a las **libertades, reivindicaciones y facultades propias de cada individuo por el solo hecho de pertenecer a la raza humana**. Esta definición fue adoptada por La Declaración Universal de los Derechos Humanos y posteriormente por la ONU en 1948⁵.

En tal virtud podemos afirmar que los derechos humanos comprenden las siguientes:

³ Barroso, J. (1987). *Derecho Internacional del Trabajo*. México: Porrúa pp. 363 y 364.

⁴ Noticias. (2017). Igualdad de oportunidades de los trabajadores migrantes. octubre 2, 2017, de Noticias Sitio web: <https://www.terra.com.mx/noticias/mexico/hoy-inicia-pla-cumbre-iberoamericana-migracion-y-derechos-humanos>

⁵ Pérez, J. (2009). *La declaración universal de los derechos humanos*. 2 de octubre de 2017, de Gestionado con WordPress Sitio web: <https://definicion.de/derechos-humanos>.

Características:

- Son Inalienables.-Nadie, de ninguna manera, puede quitarle estos derechos a otro sujeto más allá del orden jurídico que esté establecido.
- Son Independientes.- Este perfil se da frente a cualquier factor particular (raza, nacionalidad, religión, sexo, trabajo, etc.).
- Son Irrevocables.- Los derechos humanos también se caracterizan porque no pueden ser abolidos.
- Son Intransferibles.- Un individuo no puede “ceder” sus derechos a otro sujeto, y.
- Son Irrenunciables.- Nadie tiene el permiso para rechazar sus derechos básicos. Aun cuando se encuentran amparados y contemplados por la mayoría de las legislaciones internacionales, los derechos humanos implican bases morales y éticas que la sociedad considera necesarias respetar para proteger la dignidad de las personas⁶.

Reconocimiento:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta, se recogen en sus 30 artículos **los derechos humanos** considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945).

A estos derechos también se les conoce como **derechos fundamentales del hombre**, los que podemos simplificar en los siguientes:

- Derecho a la libertad e igualdad en derechos.
- Los derechos y libertades proclamadas en la Declaración son para todas las personas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, etc.

⁶ Naciones Unidas. (1948). *Las Principales Características de los Derechos Humanos*. octubre 2, 2017, de Naciones Unidas Sitio web: <https://blog.oxfamintermon.org/las-principales-caracteristicas-de-los-derechos-humanos/>

- Derecho que tiene toda persona a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- Derecho de toda persona a no estar sometida a esclavitud ni a servidumbre.
- Derecho a no ser torturado ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Derecho de todas las personas a ser iguales ante la ley y contra toda discriminación.
- Derecho de toda persona de acceder a la justicia por la vía de los tribunales y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.
- Derecho de toda persona a que no se le detenga, se le prive de su libertad, ni se le destierre arbitrariamente.
- Derecho a toda persona de ser oído y vencido en juicio ante tribunal imparcial.
- Derecho de toda persona acusada de delito a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.
- Derecho de no injerencia en su vida privada, la de su familia y domicilio.
- Derecho de tránsito y elección de residencia en el territorio de un Estado.
- Derecho de asilo.
- Derecho a una nacionalidad y al cambio de la misma.
- Derecho a contraer matrimonio y formar una familia
- Derecho a la propiedad, tanto individual como colectivamente sin que pueda ser privada de la misma en forma arbitraria.
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Derecho a la libertad de opinión y de expresión.
- Derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- Derecho a participar en el gobierno de su país.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a libertad de trabajo, a protección del mismo, a que se le aplique sin discriminación alguna la máxima “*a trabajo igual - salario igual*”. Derecho a un salario digno y suficiente y

el derecho de constituir sindicatos y de afiliación a los mismos para defensa de sus intereses.

- Derecho a disfrutar de descanso dentro de su jornada laboral, semanal y derecho a disfrutar vacaciones periódicas pagadas.
- Derecho al bienestar familiar, salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales y seguro en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
- Derecho a educación, la que debe ser gratuita.
- Derecho al establecimiento de un orden social e internacional en que se hagan efectivos todos los derechos consagrados en la Declaración.
- En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona tiene obligaciones debiéndose sujetar a las mismas que se encuentran establecidas en la ley⁷.

La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la **Carta Internacional de Derechos Humanos**.

3. Los derechos humanos en la constitución de los Estados Unidos mexicanos y en la ley federal del trabajo.

La Ley Fundamental de México, la Constitución de 5 de febrero 1917, la cual en este año estamos conmemorando su centenario, fue el parte-aguas en las diversas constituciones de todo el mundo, pues fue la primera Constitución Social promulgada, en ella se insertaron las Garantías tanto individuales como sociales, teniendo cabida entre ellas los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, a estas Garantías también se les conoció como “Derechos Fundamentales de los Trabajadores” y no fue sino hasta las reformas del 1º de junio del 2011

⁷ Naciones Unidas. (2015). *Declaración Universal de los Derechos*. octubre 4, 2017, de Naciones Unidas Sitio web: https://blog.http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

que la Constitución mexicana le cambia el nombre de estos derechos, en su artículo 1° a “**Derechos Humanos**”⁸.”

¿Qué motivo o justificó el anterior cambio constitucional? Fueron varios factores, pero entre ellos podemos destacar a nuestro juicio los siguientes:

- a). Diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se determinó que el Estado mexicano era responsable de la violación a los derechos humanos, a la libertad e integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida tal y como es el caso de la pronunciada el 23 de noviembre de 2009 en el caso de Rosendo Radilla Pacheco en contra de los Estados Unidos Mexicanos (caso de desaparición forzada).

En este ejemplo, la Corte señaló que el Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos humanos a las garantías y protección judiciales, debiendo implementar en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria programas o cursos permanente relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección

⁸ En efecto, a partir del 1° de junio del 2011, el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece textualmente.

Artículo 1o. “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

de los Derechos Humanos y el juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas⁹.

- b) El diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de México por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México del 8 de diciembre del 2003.

En esa fecha Anders Kompass Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) presentó el diagnóstico sobre los Derechos Humanos en México, en el que se señaló las causas estructurales de las violaciones a los mismos en nuestro país, con la intención de formular propuestas realistas y viables con espíritu constructivo¹⁰.

El propósito principal que persiguió dicho Diagnóstico, fue que las recomendaciones generales y las propuestas derivadas de las mismas sean incorporadas a las diversas legislaciones y respetadas por el Gobierno mexicano.

El Diagnóstico intentó y consiguió ser un reflejo de la realidad mexicana, por lo que se deben promover y desarrollar leyes, instituciones y procesos que permitan evolucionar hacia un Estado respetuoso de los derechos humanos de sus ciudadanos.

Imposible señalar en este espacio todas las violaciones a los derechos humanos tanto del gobierno federal como los gobiernos locales, pero vale la pena señalar, entre otras, las siguientes recomendaciones:

- Reformar la Constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma y reconocer

⁹ La parte medular de este caso se refiere a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Según la Comisión Interamericana, las alegadas violaciones derivadas de este hecho “se prolongan hasta la fecha, por cuanto el Estado mexicano no ha establecido el paradero de la [presunta] víctima ni se han encontrado sus restos”. De acuerdo a lo alegado por la Comisión, “a más de 33 años de los hechos, existe total impunidad ya que el Estado no ha sancionado penalmente a los responsables, ni ha asegurado a los familiares una adecuada reparación”.

¹⁰ Este Diagnóstico recogió demandas que son un clamor de la sociedad mexicana, mismas que constituyen un reflejo de recomendaciones e informes en materia de Derechos Humanos que sobre nuestro país han realizado la ONU y la OEA, así como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales, etc.

a los Tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior a las leyes federales y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella.

- Promulgar leyes generales reglamentarias de todos los derechos humanos que están constitucionalmente reconocidos y que garanticen su protección¹¹.

En materia laboral el 30 de noviembre de 2012 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas, adiciones y derogaciones a la Ley Federal del Trabajo mexicana y en cuanto al tema que nos ocupa, los artículos 2º y 3º se refieren a los derechos humanos¹².

4. Los derechos humanos desde la perspectiva del trabajo

En relación a los derechos humanos, el derecho del trabajo es incuestionablemente un derecho fundamental y esencial para la realización de

¹¹ Idem.

¹² Artículo 2º. - "Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres".

Artículo 3º.- "El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio.

No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana..."

derechos humanos ya que constituye una parte inseparable de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad¹³. En tal virtud consideramos como derechos humanos desde el punto de vista laboral, entre otros, los siguientes:

- Derecho al trabajo.
- Derecho a contar con trabajo decente y/o digno.
- Derecho a percibir un salario remunerador por la prestación de sus servicios
- Derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
- Derecho a no ser discriminado en el trabajo.
- Derecho a la estabilidad en el empleo.
- Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho al ascenso a una categoría superior que corresponda.
- Derecho al descanso.
- Derecho positivo y negativo de asociación profesional, de formación de sindicatos, federaciones y confederaciones.
- Derecho de huelga.
- Derecho a la protección de los trabajos de mujeres en estado de gravidez y de trabajadores menores.

5. Grupos vulnerables

Los grupos vulnerables son aquellos que por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil, nivel educativo, origen étnico, situación migratoria, condición físicas y/o mentales, etc. requieren un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia, o bien, se encuentran en condiciones de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de bienestar¹⁴. Estos

¹³ “Derecho Humano al Trabajo y Derechos Humanos en el Trabajo”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México 2016. p. 7.

¹⁴ MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ Arturo. Ponencia “Los Derechos Humanos desde la Perspectiva Laboral”. IV Congreso de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México 2017. p. 15.

grupos de igual manera son aquellos que por sus condiciones sociales, económicas, culturales o psicológicas pueden sufrir maltratos contra sus derechos humanos. En estos grupos se encuentran:

Personas adultas mayores. Son aquellas personas que cuentan con sesenta años o más de edad y que se encuentran domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional.

Personas con discapacidad- Es toda persona que presenta una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Mujeres trabajadoras. Por ley las mujeres trabajadoras deben disfrutar los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres, cuentan con una protección especial, cuando se trata de maternidad.

Menores trabajadores. En materia laboral son aquellos que tienen más de quince años y menos de dieciséis.

Personas con VIH/SIDA. El término «VIH» designa el virus de la inmunodeficiencia humana, que deteriora el sistema inmunitario. Las personas infectadas con este virus, en México se les denominan “seropositivas”.

El término «SIDA» designa el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, que resulta de la infección por el VIH.

Minorías sexuales y/o diversidad sexual. El concepto de minorías sexuales se utiliza en ocasiones para describir a aquellas personas que no son exclusivamente heterosexuales. Las minorías sexuales pueden englobar un espectro de identidades sexuales y de género en distintos contextos socioculturales.

Ex convictos. Son aquellas personas que cumplieron una condena en prisión y que tienen necesidad de trabajar para ser el sostén económico tanto de ellos como de sus familias.

6. Trabajadores migrantes

Hemos querido analizar al final de los grupos vulnerables al de los trabajadores migrantes, ya que éstos son motivo del presente análisis.

En términos generales se denomina migrante a toda persona que

cambia su lugar de residencia por otro por un tiempo indeterminado. La Ley de Migración vigente define al migrante como todo individuo que sale, transita o llega al territorio de un estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación (art. 3)¹⁵, la cual es la mayoría de las veces suele ser de carácter laboral, en este último caso estaríamos ante la figura del trabajador migrante.

“La búsqueda de un trabajo digno que permita llevar una mejor condición de vida, es una de las principales causas del auge que ha tenido este fenómeno de la migración, especialmente en países subdesarrollados donde uno de los sectores más vulnerables es el laboral”¹⁶.

En cuanto a los migrantes ilegales, la población del país receptor, por regla general, incumple en el pago de prestaciones legales, por lo que dichos trabajadores no tienen acceso a los tribunales laborales, al no denunciar las violaciones a sus derechos por temor a ser deportados¹⁷.

Las personas migrantes más vulnerables son: los indocumentados, los menores no acompañados, mujeres embarazadas, personas que han sufrido accidentes o padecen enfermedades, víctimas de la violencia, incluidas las violaciones y los asaltos, y víctimas del tráfico de personas. Estos son, según la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), los principales grupos de atención. Se consideran las personas migrantes más vulnerables porque además en ellas se dan cita otras características que agravan su situación.

La Convención de la ONU sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158 el 18 de diciembre de 1990, entrando en vigor hasta el mes de julio del 2003. Esta convención tuvo como base los Convenios 97 y 143 sobre los trabajadores migrantes de la Organización Internacional del Trabajo. En cuanto al tema que hemos abordado, este Convenio tuvo como prioridad el respeto de sus

¹⁵ Ley de Migración. Diario Oficial de la Federación. México 25 de mayo de 2011. Art. 115. p.4.

¹⁶ GONZÁLEZ Cleopatra. Ponencia “La Migración Laboral en la República Dominicana” XX Congreso Iberoamericano del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Noviembre de 2016. Ciudad de Guatemala.

¹⁷ Cánovas, G. y Otros. (2005). *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México: UNAM. pp. 275 y 276.

derechos humanos, por ello la protección de los mismos. Los migrantes no son solamente trabajadores, son también seres humanos¹⁸.

Esta Convención, llega a la conclusión que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes y, por tanto, requieren una protección internacional apropiada.

Resalta que la migración es a menudo causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia.

En el caso de la migración irregular, se debe alentar la adopción de medidas adecuadas (convenios bilaterales o multilaterales) a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales.

Los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son contratados por lo general en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal. Sobre el particular se refirió la Dra. Martha Elisa Monsalve Cuellar¹⁹.

¹⁸ La Convención de la ONU tomó en cuenta los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁹ MONSALVE CUÉLLAR Martha Elisa. Ponencia “La Situación de los Trabajadores Migrantes” XXVII Jornada iberoamericana. Noviembre 2012. Lima, Perú.

“Esto frente a la necesidad que manifiestan los empleadores de mantener unas competencias laborales altas que precisamente tienen muchos de los trabajadores migrantes que demuestran formación profesional y experiencia pero que por la falta de regularización permanecen en la clandestinidad y de ello se aprovechan los empleadores inescrupulosos que mantienen esta fuerza laboral pagando salarios inferiores y sin que se den los requisitos del trabajo decente”.

“Sigue siendo muy preocupante la migración que generan los mercados ilícitos de droga que hacen caer a tanta gente especialmente joven, ante carencia de oportunidades, en otra fase de la migración por demás altamente nociva.

Esto frente a la necesidad que manifiestan los empleadores de mantener unas competencias laborales altas que precisamente tienen muchos de los trabajadores migrantes que demuestran formación profesional y experiencia pero que por la falta de regularización permanecen en la clandestinidad y de ello se aprovechan los empleadores inescrupulosos

Lo anterior puede frenarse si se reconocen los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios, sean documentados o no, pues se insiste en la vulnerabilidad de este tipo de trabajadores.

Es por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal.

Dicha Convención no creó nuevos derechos para los migrantes, sino que buscó garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales, lo que implica:

- Gozar de las mismas obligaciones y derechos que los trabajadores nacionales, salvo que alguna disposición legal determine lo contrario.
- Prevenir condiciones de vida y de trabajo inhumano, abuso físico y sexual y trato degradante.
- Garantizar los derechos de los migrantes a la libertad de pensamiento, de expresión y de religión.
- Garantizar a los migrantes el acceso a la información sobre sus derechos.
- Asegurar su derecho a la igualdad ante la ley, lo cual implica que los migrantes estén sujetos a los debidos procedimientos, que tengan acceso a intérpretes, y que no sean sentenciados a penas desproporcionadas como la expulsión.
- Garantizar a los migrantes el acceso a los servicios educativos y sociales.
- Asegurar que los migrantes tengan derecho a participaren sindicatos.
- Tener derecho a mantener contacto con su país de origen, lo que implica:
- Asegurar que los migrantes puedan regresar a su país de origen si así lo desean, permitirles efectuar visitas ocasionales e incitarlos a mantener lazos culturales.

que mantienen esta fuerza laboral pagando salarios inferiores y sin que se den los requisitos del trabajo decente”.

- Garantizar la participación política de los migrantes en el país de origen.
- Asegurar el derecho de los migrantes a transferir sus ingresos a su país de origen.

Gabriela Mendizábal Bermúdez al hablar de la Legislación migratoria sobre derechos humanos, manifiesta que “desafortunadamente la tendencia observada a nivel mundial es anteponer la aplicación de la legislación migratoria a la de los derechos humanos. Por lo tanto, afirma, que ser trabajador migrante ilegal es sinónimo de criminalización en muchos países y de desprotección jurídica en materia de derechos humanos y laborales”²⁰.

“El paso de un país a otro no debe suponer la clandestinidad y el anonimato de las personas, que impide el ejercicio de sus derechos y los deja a merced de cualquier tipo de agresión o abuso” dijo el *ombudsman* mexicano Luis Raúl González Pérez²¹.

A su vez, Fernando Suárez Gonzalez reflexiona sobre el particular, manifestando que: “Los observadores más lúcidos están, sin embargo, convencidos de que convertir a los países desarrollados en infranqueables fortalezas, levantando muros que impidan el acceso, no es la solución adecuada, ya que los beneficios de la inmigración son abrumadores; de hecho, citando a Stiglitz, señala que las desigualdades globales que afrontamos hoy en día en el mundo son tan grandes que resulta también imaginar un mundo de inmigración sin restricciones. Si Estados Unidos y España quisieran abrir sus puertas libremente, está claro que la demanda potencial de emigrantes estaría muy por encima de la capacidad de nuestros países de manejar estos flujos. Por lo tanto, estamos en un mundo intermedio donde necesitamos la inmigración, pero, inevitablemente necesitamos también controlar el proceso migratorio.”²².

²⁰ Mendizábal, G. (2011). *Protección Social de los Trabajadores*” En *Obra Colectiva “Exclusión, Desprotección Social e Injusticia Laboral en Iberoamérica” Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara. p. 254.

²¹ González, R. (2017). Advierte *ombudsman* que ni leyes ni muros podrán detener el flujo migratorio de la región. *La Jornada*, 14.

²² Suárez, F. (2011). *Una Política para las Migraciones*” En *Obra Colectiva “Exclusión, Desprotección Social e Injusticia Laboral en Iberoamérica” Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” “Dr. Guillermo Cabanellas*. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara. pp. 33 y 34.

7. La deportación de los migrantes indocumentados en Estados Unidos de Norteamérica y en México.

a).- En Estados Unidos de Norteamérica

La deportación es la acción y efecto de deportar, del latín “*deportare*” que significa “desterrar a alguien a un lugar, por lo regular extranjero y confinarlo allí por razones de política o como castigo”²³.

Se calcula que en la actualidad existe en los Estados Unidos once millones de migrantes latinos indocumentados. Durante el gobierno de Barack Obama, en las deportaciones se daba prioridad a los indocumentados condenados por delitos graves o que los mismos constituyeran una amenaza para la seguridad nacional. Actualmente, con el nuevo Presidente Donald Trump se amplían las infracciones y delitos, la deportación se podrá hacer por cualquier tipo de infracción, por ejemplo: usar documentos falsos, faltas administrativas (no respetar la señal de alto en el manejo de automóvil, etc.), por lo que, con esta medida podrían ser deportados millones de migrantes indocumentados. En su campaña prometió que se deportarían a tres millones de indocumentados con antecedentes judiciales.

Ahora bien, la deportación de un migrante indocumentado en Estados Unidos requiere de un proceso judicial, el que se puede alargar por meses. Para que este proceso se inicie el migrante debió haber cometido una falta a una ley, desde una regla de tránsito, como ya se dijo, hasta un delito mayor. Es común también, que un extranjero viole la ley de inmigración, como cuando su visa o tiempo de estancia terminó, para tal efecto existen operativos para detectar inmigrantes sin documentación.

Por regla general, la policía local detiene a una persona por la comisión de una falta, la que está facultada de pedir una identificación y al no tenerla consigo el migrante, se cuestiona su situación legal en el país, por lo que la policía notifica a las autoridades migratorias para que tomen cartas en el asunto e inicien el proceso de deportación, es decir éste se inicia cuando una Corte de Inmigración recibe el caso. Si el juez considera violada la ley de inmigración, autoriza la deportación

²³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid 2000. p. 682

para que sea ejecutada por los agentes del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE, por sus siglas en inglés)²⁴.

Si el migrante no cometió una falta criminal, sino administrativa o civil, contaba con posibilidades para evitar su deportación.

En efecto, podía solicitar alguno de los beneficios (9) que ofrece la ley de inmigración, como por ejemplo regular su estatus, diferir la deportación o solicitar asilo si no cometió algún delito grave. Hasta ahora incluso una persona sin documentos detenida podía quedar en libertad bajo fianza si no cuenta con un historial criminal ni una orden de deportación final, el juez en este caso debía de analizar la vida del migrante en la comunidad, familiares ciudadanos o residentes en los Estados Unidos, si contaba con un trabajo fijo, etc.

Sin embargo, con las nuevas directrices establecidas por Trump la política de “capturar y liberar llegó a su fin”. Ahora el Departamento de Seguridad Nacional (DHS, por sus siglas en inglés) ha determinado que a los migrantes indocumentados se les arreste y sean enviados a un centro de detención a espera de la solución de su caso. Claro está que lo anterior dependerá si existen suficientes lugares de reclusión y de recursos económicos para mantener a las personas detenidas mientras dura el proceso.

A principios de septiembre de 2017 el Sr. Trump dio por cancelado el programa migratorio de Acción Diferida para los llegados en la infancia (DACA por sus siglas en inglés) establecido en junio del 2012 por el Presidente Obama. Bajo este esquema, el gobierno acuerda “diferir” cualquier acción sobre el estatus migratorio por un periodo de dos años, con posibilidad de renovación, a personas que llegaron a EE.UU. cuando eran niños, como requisitos se pedía que el *Dreamer* (soñador), hubiera entrado a los Estados Unidos antes de cumplir 16 años, contar con menos de 31 años el 15 de junio del 2012, No haber tenido estatus legal migratorio en EE.UU. antes del 15 de junio de 2012, Haber resido continuamente en Estados Unidos desde el 15 de junio de 2007

²⁴ El ICE es el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos (“U.S: Immigration and Customs Enforcement” siglas en inglés) es una agencia del departamento de seguridad nacional de los Estados Unidos, con sede en Washington, DC. el gobierno de los Estados Unidos estableció el ice en marzo de 2003 en sustitución del Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) y su función principal es la deportación de inmigrantes indocumentados.

y hasta la actualidad, Estar escolarizados o licenciados del ejército, No haber sido condenados por algún delito ni suponer una amenaza para la seguridad nacional.

Gracias al DACA se congelaron procesos de deportación y se facilitaron permisos de trabajo y licencias de conducir para los beneficiarios. Se calcula que más de 750.000 inmigrantes indocumentados están adscritos al programa. La medida de Trump afecta a los *Dreamers* ya que no se aceptarán nuevas solicitudes para entrar al programa después del 5 de septiembre, informó el Departamento de Seguridad Nacional. Sin embargo, los beneficiarios actuales de DACA no sufrirán cambios durante los próximos seis meses, el tiempo designado al Congreso de Estados Unidos para que “entreguen soluciones legislativas apropiadas”²⁵.

La cancelación del programa afecta a casi 800 mil jóvenes de origen mexicano. Nuestro Embajador Gerónimo Gutiérrez hizo votos porque los representantes legislen de manera definitiva en los próximos meses, aunque reconoció que en los pasados 11 años no han llegado a acuerdos por pugnas partidistas, pese a que todos hablan bien de los *dreamers* (soñadores) y no hay quien no los pondere²⁶. Lo anterior es una gran injusticia, pero ha nacido una lucha de ellos y con sus sueños se están convirtiendo, a no dudarlo, en los nuevos activistas por los derechos de los migrantes, dando lecciones de dignidad y valentía.

Acerca de la cancelación del programa referido representa una clara maniobra política de Trump, para responder al apoyo electoral y satisfacer a grupos racistas, chovinistas y xenofóbicos que votaron por él. Sin embargo, la reacción de este grupo que se volvió vulnerable, no se hizo esperar y las manifestaciones en contra de la medida de Trump, ha sido atacada en toda la Unión Americana con notables muestras de apoyo de los diversos organismos de derechos humanos, académicos, empresariales y en general por gran parte de la sociedad norteamericana.

Visto lo anterior, ahora Trump condiciona que pueda prevalecer el programa DACA, sólo si el Congreso aprueba fondos para construir

²⁵ Redacción BBC Mundo. (2017). *Qué es DACA y qué efectos tiene que el gobierno de Trump haya revocado la política que ampara a 750.000 jóvenes indocumentados en Estados Unidos*. octubre 16, 2017, de BBC Mundo Sitio web: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41117654>

²⁶ La Redacción. (septiembre, 6 2017). Debe México Facilitar paso legal de migrantes en busca de asilo en EU. *La Jornada*, 12.

el muro de su frontera sur en su totalidad, que se reduzca la migración legal creando un sistema que apruebe sólo a migrantes calificados, se reduzcan los permisos de residencia para familiares de aquéllas que ya viven en Estados Unidos, que se aumente el costo de la visa para financiar la seguridad fronteriza y que se contrate a 10 mil agentes más para el Servicio de Migración y Control de Aduanas de Estados Unidos (ICE) y 300 fiscales federales adicionales²⁷. ¡Qué vergüenza que la Casa Blanca condiciona su apoyo a los *Dreamers* a la aprobación por parte del Congreso de las medidas que quiere implementar!

Los migrantes que gozaban de libertad bajo fianza y pierden su juicio, deben dejar el país para lo cual existe la opción denominada “salida voluntaria”, misma que tiene el beneficio de que las personas no reciban una prohibición de retorno al país.

Los migrantes detenidos en los centros respectivos al terminar el juicio de deportación serán reenviados a sus países de origen.

En la práctica existen las llamadas deportaciones expeditas que permiten a los Agentes del ICE y a la guarda fronteriza (la migra) deportar a los migrantes en forma rápida sin necesidad de presentarlos ante un juez de inmigración. Este tipo de deportaciones se efectuaban a personas indocumentadas que hubieren entrado a los Estados Unidos en los últimos catorce días y que además se les detuviera en un área de 160 kilómetros de distancia de la frontera. Ahora pueden afectar a quienes hayan ingresado al país en los últimos dos años, independientemente del lugar que se encuentre dentro del territorio estadounidense.

En la actualidad existen redadas u operativos para la localización de indocumentados, generalmente en las áreas rurales de la frontera con México. Cabe destacar que ningún elemento del ICE u otra agencia puede ingresar a una propiedad privada sin orden judicial²⁸.

b).- En México.

El Instituto Nacional de Migración es la que cuenta con los mecanismos de retorno asistido y deportación para hacer abandonar el territorio

²⁷ Aragonés A.. (octubre 11, 2017). Trump condiciona el DACA. La Jornada, 21.

²⁸ Brooks, D. (2017). 5 preguntas sobre cómo es el proceso de deportación para un inmigrante en Estados Unidos. octubre 3, 2017, de BBC Mundo Sitio web: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38863231>.

nacional a aquél extranjero que no observó las disposiciones contenidas en la ley de migración y su reglamento²⁹.

En cuanto a los derechos de las personas migrantes indocumentadas, cuentan con los siguientes derechos:

Derecho al asilo. En México toda persona extranjera en caso de persecución por motivos de orden político tiene derecho al asilo.

Derecho al refugio. Toda persona extranjera cuya vida corra peligro en su país de origen puede solicitar refugio por razones humanitarias, previo cumplimiento de los requisitos que determine la ley de la materia.

Derecho a no ser criminalizado. El ingreso no formal al país de la población migrante no es motivo para criminalizar su actuar y tratarlo como tal. Ser migrante no implica ser delincuente. Su ingreso contrario a la norma al país implica una infracción administrativa no ilícito penal.

Derecho a ser alojados en una estación migratoria. En caso de detención por encontrarse en situación migratoria irregular y al tratarse de una infracción administrativa, el resguardo de la persona para determinar su condición jurídica debe realizarse en los lugares oficialmente destinados para ello y no en casas de seguridad o prisiones. Estos alojamientos deberán ser dignos, sus instalaciones deben cubrir estas exigencias y las autoridades deben dispensar un trato adecuado, asistencia médica psicológica y jurídica mantener en lugares separados a hombres y mujeres, manteniendo a los niños preferentemente junto con su madre, evitar el hacinamiento, contar con espacios de recreación deportiva y cultural, recibir durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal, permitir el acceso de representantes legales o personas de su confianza, y la asistencia consular, en términos generales se deben respetar sus derechos humanos.

El Instituto Nacional de Migración resolverá la situación regular de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación, solo en casos muy especiales como enfermedad, discapacidad física o mental, etc. que haga imposible viajar al migrante presentado, el plazo se extenderá máximo a 60 días hábiles.

²⁹ Ley de Migración. Diario Oficial de la Federación. México 25 de mayo de 2011. Art. 115. p. 34.

Derecho a no ser incomunicado. A los migrantes indocumentados no se le debe, bajo ninguna circunstancia, serles negada la visita de sus familiares, organismos de protección, de defensa de derechos humanos, de sus representantes legales y autoridades consulares de su país.

Derecho a un traductor. Los migrantes que no hablen o entiendan el español deberán proporcionárseles un traductor por el Estado mexicano.

Derecho a ser repatriado. Los indocumentados detenidos por el Instituto Nacional de Migración deberán regresar ya sea por retorno asistido o por deportación.

El retorno asistido lo podrá solicitar el indocumentado que se encuentre a disposición del Instituto y que no exista restricción legal emitida por autoridad competente para que abandone el país.

Tanto en el retorno asistido como en la deportación, los migrantes tendrán derecho a recibir protección de su representación consular, ser trasladados junto con sus efectos personales proporcionándoles el Instituto los medios de transporte necesarios para llegar a su país de origen o residencia, deberá preverse el suministro de agua y los alimentos necesarios durante el trayecto y deberán ser acompañados por las autoridades migratorias mexicanas. Por último serán puestos a disposición de la autoridad competente en el país receptor en forma y términos pactados en los instrumentos interinstitucionales con los países de origen³⁰.

Consideramos sobresaliente señalar que, Estados Unidos y México no han ratificado los Convenios 97 y 143 de la OIT que se refieren a las migraciones abusivas, en la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes así como el respeto de sus derechos humanos fundamentales. Pero estos convenios señalan también, que los países dentro de sus propias jurisdicciones deben suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes para evitar la práctica de abuso sobre ellos³¹.

³⁰ Ley de Migración. Diario Oficial de la Federación. México 25 de mayo de 2011. Art. 115. p.29 y sigs.

³¹ Organización Internacional del Trabajo. (2017). Igualdad de oportunidades de los trabajadores migrantes. septiembre 17, 2017, de Organización Internacional del Trabajo Sitio web: http://www.ilo.org/dyn/normlex/ex/f?p=1000:0:NO:11200_COUNTRY_ID:102764

7. Violación a los derechos humanos en las deportaciones de indocumentados

El gobierno de nuestro país, desde hace muchos lustros ha condenado la política de inmigración de los Estados Unidos; sin embargo, se resiste a comentar su propia política sobre la materia migratoria, pero es indiscutible que tanto en Estados Unidos como en México se violan los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados, principalmente en las siguientes cuestiones:

- **Detención.** En cuanto a este tema se ha visto que en los Estados Unidos, en la actualidad se está deteniendo a los migrantes en forma arbitraria, ya que en algunas ocasiones, se viola el derecho a la privacidad entrando a los hogares de los indocumentados, sin mandamiento judicial expreso, disgregando el núcleo familiar al separar algún o algunos miembros de la familia para llevarlos a los centros de detención, sin permitirles el hacer llamadas a los abogados, ejerciendo en ellos un trato degradante, ya que son esposados y en ocasiones sujetos al maltrato físico. En las franjas fronterizas, se detiene a los migrantes por parte de la “migra” (Agentes de Inmigración), subiéndolos a las patrullas y regresándolos a la línea fronteriza, y en muchas ocasiones sin entregarlos a las autoridades migratorias mexicanas.

Lo mismo sucede en México con las Autoridades del Instituto Nacional de Migración, los que en la frontera sur de nuestro país abusan del migrante, despojándolo en muchas ocasiones de sus pertenencias, humillándolo, dándole maltrato y regresándolo a la línea fronteriza. Aquellos migrantes que se internan en nuestro territorio burlando a las autoridades migratorias sufren un verdadero calvario en su transitar por tierras mexicanas.

Estas personas son sujetas a robos, persecuciones, chantajes, secuestros por parte de las organizaciones criminales que operan a lo largo y ancho de nuestro país y que por regla general se dedican al tráfico de drogas; en algunas ocasiones, los obligan a engrosar a sus filas y los enseñan a delinquir y en muchos casos se ha llegado al extremo de quitarles la vida. Quién no recuerda lo sucedido en el Municipio de San Fernando, Tamaulipas en

donde en una bodega se acribillaron a 72 indocumentados (58 hombres y 14 mujeres), noticia que dio la vuelta al mundo y nos colocó entre los países más violentos del mundo.

En efecto, en agosto del 2010, en el Ejido El Huizachal, Municipio de San Fernando en el Estado de Tamaulipas fueron ejecutados 72 migrantes provenientes de Centro y Sudamérica. Las indagatorias concluyeron que dichas personas fueron masacradas por pistoleros del cártel de Los Zetas, organización ésta que los tenían secuestrados y les quitaron la vida, ya que no les entregaron el dinero exigido para dejarlos libres y porque se negaron a formar parte de ese grupo criminal.

En virtud de lo expresado, debe crearse un mecanismo efectivo de fiscalización que propicie y garantice el buen comportamiento por parte de los oficiales de migración, y que establezca sanciones para aquellos oficiales que excedan sus atribuciones o incurran en malas prácticas a fin de asegurar el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes.

- **Centros de detención o estaciones migratorias.** En los mismos se debe respetar el derecho al asilo, cuando el migrante sea perseguido por motivo de orden político; sin embargo, se les priva tener acceso a la información correspondiente sobre sus derechos.

De igual manera se viola el Convenio de Viena ya que en muchos casos, no se informa de la detención del migrante en forma inmediata al Consulado de su país. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 consagra el derecho de toda persona extranjera privada de libertad a “la información sobre asistencia consular”. El migrante tiene derecho a requerir protección de su Consulado o de Organizaciones no Gubernamentales, para supervisar las condiciones en que se encuentra, así como proporcionar la orientación y los derechos de los detenidos en dichos centros.

A los trabajadores migrantes se les viola el derecho a no estar incomunicados, ya que en la práctica les es negada la visita de sus familiares y a veces la de organizaciones no gubernamentales. No siempre se les proporciona un traductor que hable el

idioma del país donde se encuentran, ni se les permite hablar telefónicamente con alguien de su país de origen.

Es común que en dichos centros de detención se prohíba al migrante indocumentado enviar remesas a su país de origen.

A este tipo de personas se deja de proporcionarles la atención médica necesaria y ya no se habla de la psicológica la cual es inexistente en estas estancias migratorias.

Importante es que se garantice al indocumentado una alimentación adecuada, suficiente y en buen estado durante el tiempo de su detención, ya que en la práctica, en este rubro se deja mucho que desear.

Los centros de detención, sobre todo en México, carecen de un ambiente correcto en cuanto a la atención de la temperatura, pues ésta debe ser la adecuada de acuerdo a las estaciones climáticas, lo anterior para preservar la salud del migrante.

Desafortunadamente en dichas estancias no se cesan los actos discriminatorios por motivos de su nacionalidad, color de piel, idioma de origen, sexo, edad discapacidad, condición social económica, estado de salud, religión, orientación e identidad sexual o cualquier otra razón.

En la actualidad, y con motivo del gran número de migrantes indocumentados en ambos países, los centros o estancias de detención, resultan sobre pobladas, llegando hasta el hacinamiento, y como resultado de lo anterior, el amontonamiento y falta de espacio para los detenidos.

En cuanto a los procesos migratorios, éstos no cumplen con los términos establecidos en las leyes respectivas y el indocumentado puede, para su desgracia, estar confinados en dichos centros de detención por mucho tiempo, por lo que, en muchos casos el detenido sufre tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, con el uso de la violencia física, psicológica y verbal.

- **Debido proceso.** En cuanto a este tema, se deben de cancelar de manera definitiva los programas de Comunidades Seguras, que sólo aumentan las detenciones injustificadas, propician la utilización de perfiles raciales y contribuyen a la criminalización del migrante, provocando la separación de familias. En

el proceso que se le siga, los migrantes tienen derecho a que se les informe cuáles son sus derechos básicos, su derecho a la protección consular y facilitar los medios de comunicación necesarios.

Se les debe otorgar la fecha y lugar de repatriación con anterioridad a la misma, a fin de que puedan tomar las medidas necesarias para su regreso al país de origen.

En Estados Unidos se debe respetar la decisión de los migrantes indocumentados que desean permanecer en dicho país y acudir ante el Juez de Inmigración, absteniéndose los oficiales de asesorías legales equívocas y detenciones tanto psicológicas como físicas para obtener la firma de documentos migratorios.

Se debe entregar copia de la resolución migratoria en que se establece la modalidad de salida del país.

- **Separación familiar.** Este representa un tema muy delicado, pues es común, que con el endurecimiento de las medidas migratorias en los Estados Unidos, se detengan a padres y madres que carezcan de documentación, separándolos de sus hijos que son de nacionalidad norteamericana pues nacieron en dicho país, en ese caso, resulta necesaria la creación de un protocolo de colaboración entre los gobiernos federales, estatales y locales así como entre el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) y el Servicio de Protección Infantil (SPS) y demás autoridades competentes para evitar que los padres pierdan sus derechos paternales por cuestiones migratorias. Este protocolo debe tener como finalidad la creación de un procedimiento de reunificación familiar.

Sobre el particular se debe crear un formato en que los padres y madres detenidos puedan designar a una persona para adquirir el cuidado y custodia temporal de sus hijos, a que tengan acceso antes de su repatriación.

- El Estado Norteamericano debe realizar un estudio público sobre los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo su custodia así como de aquellos que son dados en adopción o son separados de manera definitiva de sus padres por motivos migratorios.

- **Deportación y/o repatriación.** Los Estados Unidos y México, en caso inminente de repatriación de migrantes, deben informar a éstos, la fecha y lugar en que van a ser deportados, a fin de que puedan avisar a sus familiares de su país de origen sobre su situación y ubicación.

La persona que es deportada debe ser transportada hasta la frontera de su país de origen, en forma digna, pues el migrante no es un criminal. En la actualidad los migrantes mexicanos que son deportados de los Estados Unidos y transportados por la vía aérea, están esposados de manos y pies, lo que constituye una violación flagrante a la dignidad humana. En todos los casos de deportación, deberán entregarse los efectos personales al migrante a quien se le regresa a su país y debe ser acompañado por un agente de migración y no sólo eso, sino que al llegar a la frontera no se le podrá abandonar a su suerte, sino que deberá ser entregado a la autoridad migratoria del país de origen, mismo que deberá recibir a la persona deportada, sino además proteger sus derechos y lograr su reinserción social.

9. Conclusiones

Por el solo hecho de pertenecer a la raza humana, los individuos deben de gozar de las libertades, reivindicaciones y facultades propias a través del reconocimiento de los derechos humanos.

Fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que estableció los derechos fundamentales del hombre, mismos que han sido reconocidos por casi todas las naciones.

La migración siempre ha existido y va de la mano con el derecho de libre tránsito por lo que el hombre se traslada de un lugar a otro en búsqueda de mayores beneficios, prerrogativas y nuevas oportunidades, por lo que consideramos al derecho a la migración como un derecho humano, que está reconocido plenamente en la Constitución Mexicana de 1917.

Los trabajadores migrantes constituyen uno de los grupos vulnerables del derecho del trabajo en virtud de su situación migratoria, se encuentran en condiciones de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo

y acceder a mejores condiciones de bienestar, por lo que requieren un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo a la convivencia social, política y cultural.

Las políticas migratorias de los Estados Unidos y de México se han endurecido por la gran cantidad de personas que tratan de residir o transitar en sus territorios, no pueden abrir sus fronteras por lo que se requiere el control del proceso migratorio. Para tal efecto, se deben desarrollar acuerdos bilaterales y multilaterales para reglamentar el tránsito de personas de un país a otro.

En el caso de Estados Unidos de Norteamérica, se deben dar permisos para trabajos temporales que en la actualidad lo realizan personas carentes de documentación migratoria, debiendo regresar a sus países de origen una vez que se expide el permiso correspondiente.

Para frenar la migración de indocumentados, es conveniente endurecer las sanciones a los empleadores que contraten a este tipo de trabajadores, con lo anterior, si las sanciones son fuertes, la migración tenderá a disminuir considerablemente.

Se debe dar trato especial a los migrantes indocumentados que cuentan con mucha antigüedad en el país receptor, máxime si sus hijos ya nacieron en dicho país y regular su situación migratoria. De igual manera el Congreso de los Estados Unidos debe reglamentar cuanto antes el problema migratorio por lo que atraviesan los llamados *dreamers*, los cuales llegaron desde niños a los Estados Unidos, habiendo realizado sus estudios en escuelas y universidades de aquel país y que por una política discriminatoria y xenofóbica, presentan en la actualidad problemas muy serios para su integración social en aquel país, o bien, se pueden llegar a enfrentar a una deportación, que los disgregará de su familia y los lanzará a una aventura con fines inciertos.

Bibliografía

- BARROSO FIGUEROA José. “Derecho Internacional del Trabajo”. Editorial Porrúa. México 1987.
- CÁNOVAS VEGA Gustavo y otros “México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte”. UNAM. México 2005.

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS “Derecho Humano al Trabajo y Derechos Humanos en el Trabajo”. México 2016.
- GONZÁLEZ ALMONTE Cleopatra. Ponencia “La Migración Laboral en la República Dominicana” XX Congreso Iberoamericano del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Noviembre de 2016. Ciudad de Guatemala.
- GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl. “Advierte *ombudsman* que ni leyes ni muros podrán detener el flujo migratorio de la región”. Diario La Jornada. México. 24 de mayo de 2017.
- MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ Arturo. Ponencia “Los Derechos Humanos desde la Perspectiva Laboral”. IV Congreso de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México 2017.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ Gabriela. “Protección Social de los Trabajadores” En Obra Colectiva “Exclusión, Desprotección Social e Injusticia Laboral en Iberoamérica” Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” “Dr. Guillermo Cabanellas” Guadalajara México. 2011.
- MÉSQUITA BARROS Cassio. Ponencia “La Situación de los Trabajadores Migrantes” XXVII Jornada iberoamericana. Noviembre 2012. Lima.
- MONSALVE CUÉLLAR Martha Elisa. Ponencia “La Situación de los Trabajadores Migrantes” XXVII Jornada iberoamericana. Noviembre 2012. Lima, Perú.
- SUÁREZ GONZALEZ Fernando. “Una Política para las Migraciones” En Obra Colectiva “Exclusión, Desprotección Social e Injusticia Laboral en Iberoamérica” Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” “Dr. Guillermo Cabanellas” Guadalajara México. 2011.

Fuentes electrónicas

<http://www.bbe.com/mundo/noticias-internacional-1117654>
<https://blog.oxfamintermon.org/las-principales-caracteristicas-d-los-derechos-humanos/>

Brooks, D. (2017). 5 preguntas sobre cómo es el proceso de deportación para un inmigrante en Estados Unidos. BBC Mundo Sitio web: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38863231>
<https://definicion.de/derechos-humanos/>
http://www.ilo.org/dyn/normlex/ex/f?p=1000:0:NO:11200_COUNTRY_ID:102764
http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
<https://www.terra.com.mx/noticias/mexico/hoy-inicia-pla-cumbre-ibe-roamericana-migracion-y-derechos-humanos>

Fuentes legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lito Offse Alfaro México 2015.

Ley Federal del Trabajo. Sista. México 2015.

Ley de Migración. México 25 de mayo de 2011

Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid 2000.

Periódicos

Diario La Jornada. Redacción. México. 2017.

Diario La Jornada. Aragonés Ana M. México 2017.



MIGRACIONES Y GÉNERO: LA FEMINIZACIÓN DE LAS MIGRACIONES

DRA. BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Ayudante
Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“...la autoprotección de la persona no sólo abarca lo que es, sino lo que tiene, pues tener es un existir ampliado, y el lenguaje ha encontrado aquí nuevamente lo justo al emplear para ello la expresión autodefensa; es la persona la que defiende en lo que tiene su yo, su yo pleno y extendido a la esfera del patrimonio”.

Von Ihering, R (2011)

1. Migraciones, género y principio de igualdad como obstáculos a la integración socio-laboral de las mujeres migrantes

Durante siglos el trabajo que ha realizado la mujer ha sido de menor consideración, recibiendo a cambio tratos inferiores y peores remuneraciones a las que venían percibiendo los hombres. Las razones de estas graves discriminaciones están, claramente, vinculadas a motivos de carácter social. Así es, desde siempre, el papel que la sociedad ha atribuido al género femenino se ha vinculado al ámbito familiar-privado y, por tanto, al cuidado del hogar y de los hijos. De ahí que, en ese proceso de identidades, el factor de inferioridad y sumisión de la mujer al hombre quedara supeditado a una relación de resultados. En efecto,

la mujer ha sido entregada- durante mucho tiempo- como esclava al hombre, al cual no podía oponerse por razón de la inferioridad de su fuerza física (Montoya Melgar, A, 2006) y de su supuesto deficiente intelecto. Desgraciadamente, esta situación de subordinación constituyó una idea natural que llegó incluso a limitar la capacidad de obrar de las mujeres, debiendo éstas obtener la autorización de sus maridos para poder trabajar y/o recibir una remuneración (Serrano García, M^a.J, 2008).

La problemática que suscita, a día de hoy, el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres sigue preocupando no sólo a la Unión Europea¹, sino también a las instituciones supranacionales. En este sentido, se consagra con carácter omnicompreensivo en todo el ámbito comunitario, el principio general de igualdad de trato y no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores. Lo que supone que todos los Estados miembros habrán de eliminar todos los obstáculos sin excepción que perturben o dificulten el logro de este principio consagrado en el Derecho de la Unión Europea. Atendiendo especialmente (aunque no exclusivamente) al principio de transversalidad es importante indagar sobre la incidencia que en ello pueda tener el hecho de que hombres y mujeres migrantes puedan efectivamente circular libremente con los mismos derechos. Y ello en consideración no sólo de garantizar los derechos fundamentales, sino más específicamente en aras de *evitar los obstáculos que supondría (y en la práctica supone) para la una efectiva libre circulación de una parte muy importante de la población activa (las trabajadoras)*.

En toda la Unión Europea, así como en España, la participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha experimentado una paulatina expansión a partir de mediados de los años ochenta. Principalmente, las razones de este importante impulso se ha debido a los profundos cambios sociológicos y económicos gestados en las últimas décadas, lo cual se ha visto al tiempo favorecida por los avances políticos y legislativos en el terreno de la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, pese a los avances habidos en estos años, este proceso se enfrenta a múltiples obstáculos que frenan un cambio estructural en la participación laboral

¹ Véase, a este respecto, el comunicado de prensa de 8 de marzo de 2017 que publica Comisión Europea con motivo del día internacional de la mujer (IP/17/489).

de las mujeres y que, por consiguiente, impiden una participación más igualitaria de mujeres y hombres en el trabajo remunerado.

Esta situación no es diferente respecto de las mujeres migrantes, aunque sí observamos como en este punto el vínculo se debilita, pues en torno a este grupo se han consolidado una serie de prejuicios, estereotipos y factores que las sitúa en una posición de extrema pobreza y trabajo invisible (Molpeceres Álvarez, L, 2002)². En efecto, el factor étnico y de género está obstaculizando cada vez la integración laboral de estas personas, al tiempo que las convierte en ciudadanas de segunda clase (e incluso, tercera clase) y, por tanto, carentes de derechos fundamentales.

En el caso concreto de España, los análisis en esta materia se han intensificado a partir de finales de los años 80 y principios de los 90. Periodo en el cual se ha experimentado un crecimiento notablemente y descontrolado de la población inmigrante (muchos de ellos en situación administrativa irregular). Los cambios en los sistemas productivos y en las relaciones sociales son los responsables del aumento de la globalización y la competitividad a nivel internacional, de ahí que se precise de mano de obra barata que cumplan con las expectativas que impone el mercado de trabajo global. En este contexto, la imagen de la mujer migrante ha pasado de estar asociada a razones de reagrupación familiar e inmigración pasiva (como acompañante siempre del varón) a representar un fenómeno de naturalización del trabajo informal y, por ende, de mano de obra flexible y poco cualificada. Ciertamente, son los tres factores que han provocado el afloramiento de esta situación. Primero, un modelo de crecimiento económico de baja productividad y trabajo asalariado deshumanizado en sectores tales como: la construcción, la hostelería, el sector agroexportador de frutas y verduras, el turismo...etc Segundo, el proceso de reestructuración productiva del país con motivo del aumento de la competitividad y rentabilidad. Tercero, cabe destacar el ascenso y consolidación de unas nuevas clases medias profesionales urbanas unidas a ocupaciones de servicios avanzados, así como la incorporación creciente de la mujer al mercado de trabajo. Estos procesos sociales

² A saber: “... los inconvenientes que entraña el hecho de ser inmigrante implica que la trabajadora inmigrante, en comparación con la mujer autóctona, se halle en los estratos más bajos de la estructura ocupacional, cubriendo los huecos laborales peor pagados, con menos prestigio social y eludibles por las trabajadoras autóctonas por ser emblemáticos de la discriminación de género”.

generaron la creciente difusión de nuevos estilos de vida, trabajo y ocio ligados a los emergentes hogares de renta media y alta, donde los dos miembros trabajan de forma intensa, y donde se produce una profunda reorganización de las pautas de cuidado y de ocio. Hogares y estilos de vida que han terminado generando una creciente y sostenida demanda de trabajo barato y flexible relacionada con sus nuevas necesidades domésticas, profesionales, de ocio, hostelería, seguridad y vinculadas al cuidado de personas dependientes.

En efecto, coincidiendo con la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo se produce (durante los años 80) una etapa de profunda transformación en los estilos de vida y trabajo de los hogares españoles, la cual provoca un aumento de las tareas domésticas y de cuidado que, tradicionalmente, venían desempeñando las mujeres a partir de la imposición de estrictos roles de género. Este fenómeno de reorganización supuso, en muchos hogares de clase media, que las mujeres españolas abandonaran su dedicación a las tareas reproductivas y se incorporaran al mercado de trabajo. Por lo que, ya sólo quedaban tres posibles soluciones para reconfigurar el trabajo doméstico y de cuidados del hogar: 1) a través del establecimiento de un sistema ideal de desarrollo *welfare* y de bienestar social colectivo que garantizara este tipo de servicios para toda la población (a saber: de servicios sociales, sistema de dependencia, guardería, permisos parentales...etc); 2) mediante el cumplimiento efectivo del principio de igualdad y no discriminación en el desarrollo de las tareas del hogar familiar: reparto de tareas, ruptura definitiva la división sexual del trabajo, avances paritarios en el proceso de conciliación de la vida laboral y familiar... etc. Lejos de alcanzar este objetivo, se ha producido un paulatino crecimiento del fenómeno de la doble jornada femeninas, por lo que desgraciadamente -cada vez más- éstas se ven abocadas a tener que combinar los trabajos domésticos y de cuidado en el hogar con la actividad profesional. Y, finalmente, 3) cabe externalizar o mercantilizar la actividad productiva. Se trata de una opción que está ya presente en la sociedad española y la cual cada vez más está siendo elegida como forma de reducir la sobrecarga laboral de la mujer española. Precisamente, es en este último caso, en donde más se está haciendo uso de mano de obra barata y flexible. En principio esta demanda nutría a trabajadoras nativas procedentes de los sectores populares, pero progresivamente se va internacionalizando

cada vez más (Del Castillo Acuña, F, 2013), de modo que arrastra hoy por hoy a mujeres migrantes de todo el mundo (principalmente, en el caso de España, son de origen latinoamericano, hindús y rumanas).

2. Crisis migratoria y protección de refugiados: la otra cara de la moneda en la inmigración femenina. Problemática actual de una política insuficiente para la protección de los solicitantes de asilo

En momentos de crisis económica, como la actual, las trabajadoras migrantes se enfrentan a una serie de prácticas abusivas que, claramente, atentan contra los derechos humanos y fundamentales de toda persona (Monereo Pérez, J.L, 2016). En el mejor de los casos, las mujeres migrantes llevan a quedar encuadradas en nichos de actividades de carácter profesional, mayoritariamente feminizados, las cuales se caracterizan por las notas de terciarización, trabajo informal, precario, poco cualificado, así como irregular. Y es que, la UE no sólo emplea una lógica de racionalidad económica respecto de las políticas migratorias, sino que, lo que es aún peor, no es capaz de gestionar las repercusiones que sobre aquellos ciudadanos de terceros países no comunitarios en situación de necesidad o de protección está teniendo la expansión de un modelo mercantilizado que favorece la explotación laboral. Ciertamente, el objetivo principal sigue siendo crear una “Europa fortaleza” que se mueva únicamente en contra del considerado “enemigo exterior”, es decir, el extranjero que huye en búsqueda de unas mejores condiciones de vida debido a los conflictos criminales, de persecución y de guerras que sufre en su país de origen (en el caso de las mujeres inmigrantes nos referimos a aquellas que solicitan refugio y asilo político -a tenor del art. 1A de la Convención de Ginebra de 1951- y que huyen de sus países de origen por razones de violencia de género, terrorismo, ablación femenina, imposición de sistemas políticos dictatoriales...etc)³. Por lo

³ En este sentido, ya ha declarado el Tribunal Supremo en el año 2015 que el estatuto de refugiado previsto por la Convención de Ginebra de 1951 resulta plenamente aplicable a los ciudadanos que realicen labores humanitarias o de defensa de los derechos humanos, así como también a aquellas personas pertenecientes a grupos o comunidades minoritarios, con temor a ser perseguidos por razones políticas, ideológicas o religiosas (STS de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 18 de diciembre de 2015). Entiende el Alto Tribunal español que las personas que por estas razones puedan ser percibidas como

que, al final, todo ello lleva a una expansión indiscriminada del trabajo ilegal y de la ciudadanía restringida (o de segunda clase) en donde al migrante en situación irregular se le priva de sus derechos humanos, sociales y, por ende, de Seguridad Social. Se pasa así de la declaración de un Estado Social y Democrático de Derecho a la puesta en escena de un orden penal, punitivo y que persigue a los “colectivos peligrosos” o migrantes que tanto están poniendo en duda las bases mismas que sustentan la gobernabilidad política e institucional de los procesos migratorios actuales (Monereo Pérez, J.L, 2016)⁴.

En este contexto de crisis del Estado Social Europeo se crea una fuerte tensión entre dos importantes variantes, de un lado, los movimientos transnacionales y el reconocimiento formal de Derechos Fundamentales y, de otro, el control de migrantes en las fronteras y en el espacio Schengen⁵ (principalmente, representado hoy día por la entrada masiva de refugiados en toda Europa). El establecimiento de un sistema de refugio y asilo insuficiente, defectuoso y defensivo está motivando la puesta en duda de uno de los cuatro grandes pilares fundamentales del mercado interior europeo, esto es, el principio de “libre circulación de personas”⁶.

individuos asociados a una de las partes en conflicto, deben entenderse incursos en los motivos que fundamentan la concesión del estatuto de refugiado conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, cuando no estén inmersos en causas de exclusión.

⁴ “Se pone en práctica la lógica de seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular, lo que al tiempo lleva a endurecer las políticas de protección social”.

⁵ En el Acuerdo de Schengen, 26 países europeos (22 de los 28 Estados miembros de la UE, además de los cuatro países de la Asociación Europea de Libre Comercio) se unieron para formar una zona —el espacio Schengen—, donde se abolieron los controles en las fronteras internas (o sea, entre los Estados miembros) y en su lugar los controles están limitados a las fronteras exteriores de este espacio, y los países con fronteras exteriores están obligados a hacer cumplir las normas de control fronterizo. Por su parte, el Reglamento de Dublín pretende evitar dos situaciones: el «refugiado múltiple» —o *asylum shopping*—, que consiste en presentar varias solicitudes de asilo, simultánea o sucesivamente, en diferentes Estados miembros de la Unión Europea, para incrementar la probabilidad de obtener una decisión positiva; y el «refugiado en órbita» —conocido como *refugee in orbit*—, cuando los solicitantes de asilo se trasladan de un Estado miembro a otro en la Unión Europea, sin que ninguno acepte examinar su solicitud. El Reglamento de Dublín establece que una persona que ha presentado una solicitud de asilo en un país de la Unión Europea y cruza ilegalmente las fronteras de otro país, deberá ser devuelto al anterior.

⁶ El principal instrumento normativo de Derecho comunitario para regular la libre circulación es la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En nuestro país, la regulación se encuentra, básicamente, en el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de

3. Situación socio-laboral de las mujeres inmigrantes en España

Ya sea por razones geográficas, políticas, económicas o incluso sociales, lo cierto es que, actualmente, la transferencia de mano de obra barata y flexible (principalmente protagonizado por mujeres inmigrantes) se está viendo agudizada con la situación de crisis económica mundial. Ese vínculo entre los conceptos de género y migraciones ha determinado la implantación de un estatus debilitado de derechos, el cual afecta a las restricciones de estructura ocupacional sexualmente segregada. Todo ello se traduce en un empobrecimiento del Estado de Bienestar social debido a que las mujeres inmigrantes, principalmente en situación irregular, vienen satisfaciendo unas necesidades familiares no atendidas por el Estado, ni tampoco por las mujeres autóctonas.

Un factor determinante de esa vulnerabilidad de la mujer migrante viene dado por las políticas institucionales desarrolladas desde la administración, las cuales terminan provocando que la población femenina inmigrante quede enclaustrada dentro de determinados segmentos ocupacionales precarizados de la economía española. En el actual marco institucional español, las posiciones laborales que pueden ocupar las mujeres inmigrantes en el mercado de trabajo están determinadas negativamente por medio de dispositivos como la “situación nacional de empleo”, así como por la política de contingentes, las limitaciones y las dificultades administrativas que existen para la homologación de sus competencias y estudios en el mercado de trabajo. De modo que, a través de mecanismos institucionales, las mujeres extracomunitarias son suavemente empujadas hacia determinados sectores y ocupaciones caracterizados por sus bajas condiciones de trabajo (Organización Internacional para las Migraciones, 2016).

La inserción laboral de las inmigrantes no comunitarias sólo se comprende en un contexto de estructura ocupacional caracterizada por la terciarización, la precarización y la segmentación en el empleo (Colectivo Ioé, 1998). En particular, estas se agrupan en sectores que exigen

los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Modificada por RD 987/2015, de 30 de octubre, señaladamente introduciendo un nuevo art. 2.bis, relativo a la entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

poca cualificación (en relación con su nivel educativo y de estudios) y se encuentran descalificados (por ejemplo: con bajas retribuciones, mayor temporalidad, jornadas incompatibles con el desarrollo de una vida social y familiar, con carencia de derechos en materia de Seguridad Social....etc). Pese a que, cada vez, se reclama el establecimiento de un trabajo decente, lo cierto es que no parece mejorar su situación tras años de residencia en España. Así pues, las propias estadísticas demuestran cómo nueve de cada diez mujeres con más de tres años de residencia en España y que comenzaron a trabajar en el sector doméstico continúan todavía en él, mientras que ocho de cada diez que inician su trayectoria en trabajos no cualificados permanecen en la misma situación (INE, 2016). A este panorama de precariedad laboral hay que sumar el de crecientes cifras de desempleo que, hasta la reciente crisis, se había situado por encima de la población española (mujeres y hombres y varones extranjeros). Sin embargo, a día de hoy, las mujeres extranjeras presentan unos índices de desempleo inferiores a la de los hombres extranjeros.

| Estadísticas y variables básicas | Dato del último periodo | Variaciones sobre igual periodo año anterior | |
|---|-------------------------|--|---------------|
| | | Absolutas | En porcentaje |
| POBLACIÓN EXTRANJERA SEGÚN LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (1) (Miles) | III-Trim-17 | | |
| Población extranjera de 16 y más años | 3.765,5 | 62,0 | 1,7 |
| Activos | 2.731,0 | 56,0 | 2,1 |
| Ocupados | 2.111,0 | 98,8 | 4,9 |
| Parados | 620,0 | -42,8 | -6,5 |
| Inactivos | 1.034,5 | 6,0 | 0,6 |
| Tasa de actividad (en porcentaje) | 72,5 | 0,3 | |
| Tasa de paro (en porcentaje) | 22,7 | -2,1 | |
| PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE EXTRANJEROS | Agosto 17 | | |
| Beneficiarios de prestaciones | 174.944 | -10.911 | -5,9 |
| Contributivas | 98.961 | 479 | 0,5 |
| Subsidio | 54.237 | -8.689 | -13,8 |
| Subsidio de eventuales agrarios | 1.188 | -164 | -12,1 |
| Renta activa de inserción | 16.909 | -3.876 | -18,6 |
| Programa activación para el empleo | 3.649 | 1.339 | 58,0 |
| Varones | 97.974 | -10.812 | -9,9 |
| Mujeres | 76.970 | -99 | -0,1 |
| Espacio Económico Europeo y Suiza (10) | 80.749 | -2.586 | -3,1 |
| Países no EEE ni Suiza | 94.195 | -8.325 | -8,1 |
| Marruecos | 36.306 | -3.523 | -8,8 |
| Ecuador | 7.033 | -1.249 | -15,1 |
| Colombia | 5.087 | -563 | -10,0 |
| Ucrania | 4.092 | -390 | -8,7 |
| Bolivia | 3.096 | -310 | -9,1 |
| Senegal | 2.737 | -132 | -4,6 |
| Pakistán | 2.446 | -143 | -5,5 |
| Resto países | 33.398 | -2.015 | -5,7 |

Fuente: Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social.
Tabla publicada a fecha de 26 de octubre de 2017.

Una de las razones que explican ese distanciamiento favorable entre las mujeres y los hombres extranjeros tiene que ver con la dimensión sectorial de la crisis económica. Así es, el desempleo se ha cebado con aquellos sectores profesionales más masculinizados (a saber: la construcción, la pesca...etcétera), mientras que ha dejado intactos otros nichos

de actividad más propios del género femenino (por ejemplo: el sector servicios, cuidados y ámbito doméstico). De hecho, aunque el crecimiento del desempleo ha sido mayor en la población nacional (frente a la extranjera), lo cierto es que en momentos de recesión económica no se ha incrementado para nada los mecanismos de protección frente a las situaciones de necesidad de este colectivo, sino todo lo contrario. Y es que, lo cierto, es que la mayoría de las mujeres inmigrantes siguen trabajando bajo situaciones de gran precariedad e ilegalidad. Por lo que la economía de sumergida les afecta a ella, ahora, más que nunca. Por regla general, el perfil social que más protagoniza a esta lacra es el de la mujer que no se encuentran en alta a efectos de Seguridad Social (estas cifras son mayores en las mujeres extranjeras, que en los hombres extranjeros) y que combina el empleo irregular con las labores domésticas y reproductivas (Vela Díaz, R, 2014).

La labor que realiza en este campo la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social resulta, claramente, inexistente, pues no olvidemos que la mayoría de las mujeres extranjeras trabajan en el hogar familiar y no en la empresa privada (que es en donde de manera habitual la Inspección fiscaliza el cumplimiento de la normativa social). Por lo que cualquier medida que adopte el Ejecutivo resultara, en este punto, de muy difícil garantía para erradicar o, al menos, paliar las altas cifras de empleo sumergido y trabajo informal.

Por su puesto, otro factor determinante que explica esa situación de segmentación laboral étnica por razón de sexo y asimetrías en el mercado de trabajo entre nacionales y extracomunitario tiene que ver con el factor de “género”. Elemento que ha servido para definir el conjunto de atributos, facultades y actitudes que una sociedad atribuye al grupo de mujeres y hombres (Del Castillo Acuña, F). En concreto, éste aparece referido al papel y valoración que la sociedad le ha atribuido a las mujeres en todos los órdenes. Lo que ha propiciado su encasillamiento en un escalón secundario, inferior y, por consiguiente, vinculado al varón en todos los aspectos públicos, económicos y políticos (Quesada Segura, R).

A continuación, se van a analizar las tres grandes categorías que representan al trabajo invisible y, por tanto, propio de las mujeres inmigrantes en España. Se tratan todas ellas de actividades que son consideradas femeninas en el imaginario social, es decir, algo así como un estatuto naturalizado de la mujer o una prolongación de su rol como

madre, esposa e hija. En particular, nos vamos a referir a los cuidados en el ámbito familiar, trabajos domésticos y aquellas otras actividades clandestinas, tales como la prostitución y la pornografía.

3.1. Trabajos familiares y prestaciones para el cuidado de personas dependientes: la protección jurídica-social de los extranjeros en situación de dependencia en España

El artículo 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) define como relaciones de trabajo asalariado aquellas que presten voluntariamente los trabajadores, de forma ajena, retribuida “...y dentro del ámbito de organización y dirección de una persona física o jurídica denominada empleador o empresario”. En este sentido, se excluyen de esta definición todas aquellas actividades que no cumplan con los requisitos de: voluntariedad, onerosidad, ajeneidad, dependencia y subordinación. Este es el caso de los trabajos familiares que son prestados por mujeres, esposas, niñas e inmigrante sin ningún tipo de reconocimiento y protección social adecuada (artículo 1.3 e) del ET). Estamos ante casos en lo que, salvo que se demuestre (presunción “*iuris tantum*”) la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo, se parte de la premisa de una exención de onerosidad.

En esta situación se encuentran muchas mujeres que prestan su actividad en el mercado de trabajo agrario, ganadero o de recolección. La situación de estas mujeres ha sido y aún sigue siendo de total invisibilidad. Se trata de un trabajo, sin empleo y que, en algunas ocasiones, comparten con el marido. La titularidad compartida, a efectos de Seguridad Social, le otorga cierta garantía en cuanto que podrán éstas disfrutar de asistencia sanitaria y pensión de viudedad (Quesada Segura, R, 2016). A este respecto, la Ley 35/2011⁷ se erigió como una ley pionera en esta materia, puesto que reconocía derechos a las mujeres rurales y las hacía más visibles⁸. En efecto, con esta ley se les ofrecía a

⁷ De 4 de octubre, sobre titularidad compartida en explotaciones agrarias (BOE núm. 240 de 05 de Octubre de 2011).

⁸ Ver Exposición de Motivos de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida en explotaciones agrarias.

cientos de mujeres que trabajan en el campo español la cotitularidad del medio de vida familiar⁹, al tiempo que se les reconoce cotizar por su trabajo y beneficiarse de las subvenciones y prestaciones familiares en igualdad de condiciones que el marido. Sin embargo, tras varios años desde la puesta en marcha de esta ley, no se ha solucionado aún la situación de trabajo informal en la que se encuentran muchas de estas mujeres (Quesada Segura, R, 2016).

A fin de hacer justicia al principio de igualdad de trabajo, de desarrollo y cohesión social, sale publicada a fecha de 9 de octubre de 2016 el primer “Plan para la promoción de las mujeres del medio rural (2015-2018)”. Gracias a este instrumento se pretende reconocer la posición de las mujeres en el medio rural y para ello se marcan como objetivos específicos: la consecución de una mayor corresponsabilidad, promoción en la toma de decisiones, fomento del emprendimiento en el medio rural y la presencia de las mujeres en los órganos y puesto de decisión, impulso de planes de igualdad en el medio rural, eliminación de las situaciones de violencia de género, profesionalización del actividad...etc.

3.1.1. La actividad de cuidadores no profesionales o informales

De acuerdo con las exclusiones que establece el ET, en su artículo 1, no se considerará que existe relación laboral en los trabajos prestados por familiares (hasta el tercer grado) como cuidadores no profesionales (siguiendo el tenor literal del art. 18 de la Ley sobre Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de Dependencia - Ley 39/2006 de 14 de diciembre (en adelante, LAAD)-, así como sus normas de desarrollo (art. 1 RD 615/2007, que ha sido modificado posteriormente por el RD 175/2011). De igual modo, el art. 2.1 d) del RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, expresamente, excluye de la misma a los cuidadores no profesionales acogidos a la Ley de Dependencia, lo que en la práctica constituye un absurdo. Y ello es porque en muchos hogares españoles, las

⁹ Así pues, todas las mujeres que habiendo participado de manera efectiva y regular no reciba pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado y no haya constituido con su cónyuge o pareja de hecho una titularidad compartida tendrá derecho a una compensación económica en los supuestos tanto de transmisión de la explotación como de extinción del matrimonio o pareja de hecho.

mujeres inmigrantes son contratadas precariamente y fraudulentamente como empleadas de hogar (cotizando de manera insuficientemente al sistema de Seguridad Social), únicamente, a efectos de que renueven sus autorización para trabajar en España. Ello, en sí, suple la ausencia de unos servicios públicos dignos y perpetúa el camino hacia la desigualdad por razón de sexo y étnica (constituyen ciudadanas de segunda orden).

En la actividad de las cuidadoras informales se parte de la premisa de que no existe ningún tipo de vínculo jurídico de prestación de servicios entre el cuidador (que generalmente es en un 94% de las veces una mujer)¹⁰ y el dependiente con el convive en el ámbito familiar. Por lo que la actividad de la cuidadora es principalmente la de asistencia, pero también la limpieza del hogar. Esta posición discriminatoria de las cuidadoras informales, respecto a los sistemas de bienestar, al término acaba poniendo en riesgo la capacidad de las mujeres de participar de manera efectiva en la vida política o comunitaria, la posibilidad de disfrutar del nivel más elevado posible de salud física y mental, así como ejercicio de todos sus derechos (entre los que se encuentran los de conciliación de la vida laboral y familiar).

La novedad en torno al establecimiento de las prestaciones por dependencia fue muy bien acogido por el Sistema, pues ciertamente venía esta a aliviar una situación de necesidad social. Sin embargo, con el paso del tiempo el panorama económico hizo mella, hasta el punto de que las nuevas orientaciones del Gobierno condicionaron el mantenimiento de esta prestación y lo devaluaron. En efecto, el “RDL 20/2012, de 13 de Julio, de Medidas para garantizar las estabilidad presupuestaria de fomento de la competitividad” introdujo un cambio drástico que afectaba al convenio especial que se suscribía entre la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el cuidador (Dispo. Adicional 8ª del RDL 20/2012). De este modo, los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia (previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia) existentes, hasta la fecha de

¹⁰ La normativa actual vigente, extiende en este campo al grupo de personas que pueden asumir los cuidados en el entorno familiar, incluyendo aquí a las parejas de hecho (art. 12 del Real Decreto 1051/2013).

entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, se extinguirán a fecha del 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente su mantenimiento hasta el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10% en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la TGSS el 5% del total de la cuota y el 85% restante a cargo del cuidador no profesional. Ahora bien, a partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional.

3.1.2. La protección de inmigrantes dependientes en España: estado de cuestión

En todas las sociedades ha habido una parte de la población que por razones varias (edad, enfermedad o discapacidad) ha necesitado, con mayor o menor intensidad, la asistencia de terceras personas para ver colmadas sus necesidades vitales y cotidianas. Actualmente, se está produciendo en la sociedad española una “crisis de los cuidados” debido a factores tales como: el envejecimiento de la población, la supervivencia de enfermedades crónicas y el aumento de la siniestralidad laboral (Monereo Pérez, J.L y González de Patto, R. M^a, 2010).

La Ley 39/2006 de AAD ha propiciado la creación de nuevos derechos de ciudadanía, que han implicado para los poderes públicos la asunción de responsabilidades en orden a garantizar de un Estado de Bienestar y de Derecho. Tanto el Tratado de Lisboa de 2007, como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) del año 2000 han conseguido dar un paso más para el advenimiento de una ciudadanía social europea al crear nuevos escenarios en donde intervienen los derechos de protección social. Se produce una fuerte tensión entre las tendencias neoliberales y flexibilizadoras frente a la protección de los derechos de Seguridad Social, la cual mantiene todavía a día de hoy en vilo a la sociedad contemporánea. Y es que, la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación se ha erigido en uno de los principios inspiradores de la vigente LAAD, así pues: “La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley”

(Artículo 3.b). En principio, cualquier persona en situación de necesidad podrá acceder a las prestaciones por dependencia con independencia de cuál sea su situación económica, pues lo realmente relevante es aquí la existencia de una necesidad sociosanitaria previamente evaluada¹¹.

Una vez enmarcada la dependencia en el cuadro normativo que conforma a los derechos sociales fundamentales del Sistema de Tratados y de la CDFUE cabe preguntarse pues ¿cuál es el tratamiento que recibe esta figura? A este respecto, la CDFUE entiende que la dependencia es una prestación que entra dentro del sistema de Seguridad Social, constituyendo así eje vertebrador de la construcción de las modernas políticas de Seguridad Social, asistencia social y servicios sociales (Monereo Pérez, J.L, 2006). Y, por tanto, se configura como una contingencia protegida por los sistemas públicos de protección social (Artículo 34 CDFUE), aunque si bien queda sujeta a limitaciones considerables pues únicamente podrán acceder a esta prestación aquellas personas que residan (Maldonado Molina, J.A, 2006-2007)¹² y se desplacen por el territorio de la UE. Lo que implica, en la práctica, una restricción importante respecto de aquellas personas que no ostenten o adquieran una situación regular de acuerdo con el orden jurídico administrativo (artículo 36.3 LOEXIS).

En relación al tratamiento jurídico de la dependencia en el ordenamiento jurídico europeo y su proyección en España ha de repararse en dos aspectos, el primero, es que el dato de la de la protección jurídica de las situaciones de dependencia es perfectamente encuadrable en los sistemas de Seguridad Social (en relación el artículo 34 de la CDFUE) y, el segundo, se constata que la dependencia se trata de una contingencia compleja, de modo que además de abarcar a las personas mayores, comprende también a las situaciones de discapacidad -física, psíquica o sensorial- (por lo que se ponen aquí en relación los artículos 25 y 26 de la CDFUE). Con todo ello y pese al avance que supone a nivel

¹¹ Al hilo de esta idea, el artículo 4.3 de la LAAD establece que: “Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia”.

¹² Respecto a la residencia, existencia diferencias entre los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios, sin que en ningún momento la Ley distinga entre asilados, refugiados o apátridas.

europeo la protección de la dependencia en el marco de los derechos fundamentales de protección social, no puede por otra parte ocultarse que subsisten aquí algunas deficiencias o lagunas. Ciertamente, el modelo escogido se resiste a garantizar de una manera efectiva los derechos ahí proclamados, pues parte de un sistema de “constitucionalización débil” que no protege, ni ampara suficientemente y adecuadamente la plena efectividad de los derechos sociales. Y ello es debido a que los destinatarios directos de estos derechos son los órganos e instituciones comunitarias, así como los distintos Estados miembro cuando en el ejercicio de sus propias competencias, como es el caso de la nación española, deban observar y promover la aplicación del Derecho establecido por el orden comunitario en aquellas competencias que sean de la UE. En otras palabras, la efectividad de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentra la dependencia, queda condicionada por el alcance del principio de subsidiariedad.

En este orden de ideas, se observa cómo el requisito de la residencia para el acceso a la dependencia se conforma así como un elemento necesario para el acceso universal a las prestaciones asistenciales no contributivas en el ordenamiento jurídico español. Y es que, aunque no se haya insertado la cobertura de la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social nacional, se anudan al mismo determinados elementos que la hacen imprescindibles para dotar de cobertura al conjunto normativo de protección social en España (Maldonado Molina, J.A, 2011)¹³. Por lo que, aunque desde una perspectiva *stictu sensu* este derecho se encuadre al margen de la Seguridad Social, al no utilizarse el título competencial que atribuye el artículo 149.1.17 de la CE, por contra, se entiende desde una perspectiva amplia dentro del sistema público de Protección Social, ya que desde sus orígenes los contenidos, prestaciones y servicios que dan vida a esta prestación forman parte inescindible del sistema de Seguridad Social (Durand, P, 1991).

La doctrina científica entiende que la exigencia de la “residencia” tiene su razón de ser en un doble objetivo, de una parte, determina con

¹³ Además, el requisito de la exigencia de un periodo previo de residencia en el territorio español prevista por la Ley 39/2006 coincide con los requisitos de las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad Social, concretamente adopta el criterio temporal requerido para la pensión por invalidez no contributiva.

antelación si hay cabida o no por razones presupuestarias la protección que se solicita y, de otra parte, cumple una función preventiva frente al denominado “turismo social” (Monereo Pérez, J.L; Moreno Vida. M^aN; Maldonado Molina, J.A y González de Patto, R. M^a, 2014). Sin embargo, para otro sector doctrinal el requisito de la residencia tiene por única finalidad la de no cargar al Estado, a las CCAA o a las Entidades Locales con la protección social de aquellas personas cuya “permanencia” social o política no es estable (Charro Baena, P, 2008).

Tanto para el acceso a los servicios sociales, como a las prestaciones asistenciales de dependencia, la cuestión problemática nuevamente vuelve a situarse en torno a qué debe entenderse por necesidades básicas y específicas. Lo cual no queda determinado por más que su desarrollo y contenido se haya constituido *ad hoc*, y es que el sistema para la autonomía y atención a las personas dependientes, materialmente, como derecho social fundamental se realiza mediante los servicios sociales de las CCAA y las competencias por ellas asumidas (Baviera Puig, I). De nuevo, el ojo del huracán vuelve a estar del lado discrecional regulador de cada una de las distintas CCAA.

Para los inmigrantes en España, atendiendo a la fractura que presenta este derecho en relación a su universalidad por medio de la función constitucional (González de Patto, R. M^a, 2007)¹⁴, la configuración jurídico-legal de este derecho y, por tanto, de su titularidad y ejercicio no encuentra mención específica en la LOEXIS. Ello obliga a entender, implícitamente, que el mismo se incluye entre los derechos a los servicios sociales y prestaciones asistenciales que recoge el artículo 14.2 de la Ley 4/2000.

No obstante a lo anterior, la LAAD sí concisa la titularidad del derecho para las personas extranjeras (y, por consiguiente, también para los refugiados y asilados) sobre la base de un criterio explícito y otro implícito. Así pues, de acuerdo con los artículos 5.1 y 5.2 de la Ley

¹⁴ Cobra aquí especial relevancia el Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de Dependencia (de diciembre de 2004) al tratar de garantizar las prestaciones básicas en el ámbito de los derechos de los artículos 39 CE (familia), artículo 49 CE (discapacidad) y 50 de la CE (personas mayores). Ahora bien, se debe traer también a colación el artículo 149.1.1. de la CE (en donde se establece que el Estado deberá establecer las bases que permitan el ejercicio de todos los derechos -y en particular los de naturaleza prestacional- a fin de que se lleven a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional.

39/2006, podrán ser titulares de las prestaciones por dependencia: a) las personas que estén en situación de dependencia en cualquiera de los grados definidos legalmente¹⁵ y b) deberá la persona encontrarse en una situación de dependencia de larga duración, esto es, se exige una residencia mínima en España de cinco años, de los que dos tienen que ser anteriores a la fecha de presentación de su solicitud. De acuerdo con esta última idea, las personas extranjeras inmigrantes en situación de residencia temporal no podrán disfrutar de este derecho social fundamental, lo que implica ya no sólo condicionar el acceso a la dependencia en función de la situación regular de la persona en España, sino también a la duración de la residencia -ligándolo así, directamente, al permiso de residencia que tenga en vigor la persona extranjera- ((Monereo Pérez, J.L; Moreno Vida. M^aN; Maldonado Molina, J.A y González de Patto, R. M^a, 2014). En definitiva, lo que viene a expresar la ley es que los residentes regulares podrán acceder a la dependencia siempre que cumplan con los requisitos que establece el artículo 5 de la Ley 39/2006, mientras que los irregulares habrán de estar a lo que determine cada CCAA. Esta situación de anomalía se hubiera solventado si la LAAD hubiese fijado unos criterios más claros para el reconocimiento de los derechos vinculados a la situación de dependencia de los ciudadanos de terceros países que buscan asilo y refugio en España.

3.2. El trabajo en el ámbito doméstico

El servicio doméstico ha sido, durante años, considerado como una actividad degradante o de escasa relevancia, la cual no requiere de ningún tipo de cualificación profesional (lo que en la práctica no es así pues están sujetas a los riesgos propios de cualquier actividad)¹⁶.

¹⁵ Se entienden que se encuentran en situación de dependencia aquellas personas que no tengan capacidad suficiente para controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con lo establecido por las normas y preferencias propias. De igual modo, se encuentran en situación de dependencia las personas que no son capaces de desarrollar las actividades básicas de su vida cotidiana.

¹⁶ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Desarrollar servicios para la familia a fin de elevar los índices de empleo y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo» (Dictamen de iniciativa) (DOUE C 12, 15 de enero de 2015). Aquí el Comité Económico y Social Europeo solicitaba, entre otras cosas, “fomentar la profesionalización mediante la formación de las personas interesadas y cer-

Sus connotaciones serviles y de exclusión histórica del ordenamiento laboral han hecho de ésta, una actividad propia del género femenino y, por tanto, complementaria a la actividad reproductiva. De ahí que, principalmente, hayan ocupado esta actividad: niñas, esposas y migrantes en países en vía de desarrollo o con escasas oportunidades de empleo, lo que hace de este un trabajo vulnerable, objeto de abuso y propio del tráfico ilícito de personas (Quesada Segura, R).

El trabajo doméstico suele estar deficientemente remunerado, por lo que debido a las precarias condiciones sociolaborales que ofrece la mayoría de las mujeres autóctonas lo rechazan. Este hecho ha determinado un efecto llamada para las trabajadoras inmigrantes, pero también para la economía sumergida (Vela Díaz, R, 2014), pues la mayoría de ellas se encuentran en un situación irregular. A este respecto, hay que señalar que la contratación de personas extranjeras que carezcan de la correspondiente autorización de estancia y trabajo constituye una infracción muy grave por la Ley de Extranjería (artículo 54.1 d). Sin embargo, dado la imposibilidad de la Inspección de Trabajo de poder acceder al domicilio privado, salvo autorización del titular del hogar familiar, la actividad fiscalizadora resulta aquí nula e inexistente. Ello determina que, en esta economía secundaria, muchas mujeres inmigrantes se mantengan en España en una situación de irregularidad.

La falta de dignificación de esta actividad, encuadrada en el Régimen especial, así como de establecimiento de garantías públicas y régimen protector (quedan excluidas de la prestación por desempleo) ha llevado a que en el seno de la 100ª reunión de la OIT (de 16 de junio de 2011) se aprueba el Convenio número 189 sobre trabajadores y trabajadoras domésticos. Aquí no sólo se denuncia la situación existente, sino que además se resalta en la necesidad de establecimiento de un sistema de garantías públicas de derechos laborales¹⁷ y de Seguridad Social focalizado para las trabajadoras domésticas migrantes. Este tema resulta muy destacado y recurrente en todo el Convenio 189 de la OIT, en donde se

tificación de las competencias adquiridas. Creando, de este modo, empleos cualificados y con competencias reconocidos por salarios más elevados y menor precariedad laboral”, lo que en opinión del Comité atraería a los hombres hacia estas profesiones.

¹⁷ Se establecen como principales garantías, la de establecimiento de: horas de descanso diarias y semanales (por lo menos 24 horas), derecho a un salario mínimo y a elegir el lugar donde viven y pasan sus vacaciones.

manifiesta que este tema era uno de los principales motivos que impulsaron su aprobación. Así pues, entre las medidas más trascendentes que se encuentran para evitar el abuso, acoso, violencia y precariedad laboral a la que se encuentran sometidas las mujeres migrantes, están las de enumera el artículo 8 y 15 del Convenio: 1) Medidas a adoptar por los Estados miembro para que “... los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo ejecutorio en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo.... antes de cruzar las fronteras nacionales con el fin de incorporarse al empleo doméstico al que se refiere la oferta o el contrato”. De forma que se trata de evitar el fraude, la trata y explotación de seres humanos. Y 2) para proteger, efectivamente, a los trabajadores domésticos contratados por agencias de empleo privadas se establecen como medidas: “ a) determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores domésticos; c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico y se preverán sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos; d) considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y e) adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos”.

Ahora bien, cabe criticar de este convenio la falta de una perspectiva de género, pues en todo momento omite esta materia (tan sólo se refiere a la maternidad como riesgo que debe ser cubierto por el sistema de Seguridad Social), así como la generalidad con la que trata el tema. En todo momento se remite a la normativa nacional o convencional, lo que en la práctica si el convenio no es ratificado (a este respecto, cabe señalar que España no lo ha ratificado) hará que se convierte en la vía perfecta para que los Estados actúen de forma discrecional (Quesada Segura, R, 2016).

Finalmente, dentro del doméstico cabe hablar brevemente de una situación fronteriza y es la de los trabajadores “au pair” o “a la par”¹⁸. Constituye, al igual que el trabajo doméstico y las relaciones familiares, un supuesto de trabajo excluido del ET. Una de las relaciones “a la par” es la regulada por el Acuerdo Europeo sobre la colocación “au pair” de 24 de noviembre de 1969, ratificado por España (BOE de 6 de septiembre de 1988) y que conlleva la acogida temporal en una familia, a cambio de determinados servicios, generalmente de jóvenes en países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales y culturales, adquiriendo a cambio un mejor conocimiento del país en que son acogidos. Se trata de un intercambio de servicios a cambio de manutención, alojamiento y una posible compensación por gastos en la que está ausente la retribución (Romero Martín, E, 2015).

Cabe diferenciar este trabajo “a la par” con otras posibles situaciones laborales que podrían conducir a confusión. Así pues, el “RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar” excluye de tal concepto a los trabajos “au pair” que se prestan mediante la atención a algunos servicios como cuidado de niños, enseñanza de idiomas u otros, cuando tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos (art. 2.2). La confusión y carácter fronterizo de la situación deviene de la amplitud que en el concepto de “au pair” se da y la cual puede encerrar múltiples actividades dentro de su contenido, a saber: estudiantes que realizan algunas tareas domésticas a cambio de alojamiento y manutención o acompañamiento de ancianos. De igual modo, el artículo 2.1 letra d)

¹⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2011.

de la LAAD excluye también, de esta relación laboral, a los servicios prestados por los cuidadores familiares no profesionales a los que se refiere la Ley de Dependencia.

3.3. La perspectiva jurídica-laboral de la prostitución y de otras actividades de explotación sexual

El creciente número de desempleados, la pobreza, la violencia en sus distintas manifestaciones (étnica, por razones de género, políticas...etc) son algunos de los factores que influyen a la hora de emigrar, pero también existen otros importantes como por ejemplo: la necesidad de adquirir unos estudios, un trabajo digno, la libertad y un nivel de vida saludable en un Estado más desarrollado. Sin embargo, ocurre que una vez llegan al lugar de destino se encuentran con una realidad bien distinta a la que habían imaginado, como son las dificultades a la hora de regularizar su situación jurídica, la falta de empleo y de hogar... etcétera, lo que provoca la falta de protección y derechos fundamentales. En cuanto al mercado de trabajo, la mayoría de las mujeres inmigrantes trabajan de forma invisible e informal y, a veces, empleadas en actividades marginales tales como la prostitución, la pornografía y la explotación sexual.

Precisamente, es la prostitución -o acto de participar en actividades sexuales a cambio de dinero- la profesión más antigua. En algunos Estados constituye una práctica legal¹⁹, no obstante en otros la situación no está regulada, aunque se practica, quedando pues ésta relegada a un ámbito de ilegalidad (es el caso de España). En cualquier caso, lo que está claro, es que se relaciona esta actividad con la marginalidad y la delincuencia. Y es que, no se olvide que la prostitución mueve, hoy por hoy, ingentes cantidades de dinero gracias a las mafias, las cuales mediante engaños ofrecen a muchas mujeres extranjeras esta vía como única salida posible a una situación de desamparo (Vecina Merchante, C y Ballester Brage, L, 2005).

En la nación española, las cifras sitúan en 350.000 el número de mujeres extranjeras que se dedican a la prostitución. La mayoría de ellas se encuentran en nuestro país de manera irregular (proviene de países

¹⁹ En Holanda y en Alemania la prostitución es un oficio regulado en el que sus trabajadoras y trabajadores pagan sus impuestos, es el modelo llamado pro regulación.

como Brasil, Colombia, Nigeria, Rumanía, Ucrania y Rusia) y llegan como víctimas de un proceso de trata de blancas²⁰. En el mejor de los casos son dadas de alta como camareras o dependientas de locales de alterne.

Cabe recordar que la Organización de las Naciones Unidas promovió, en el año 1949, una convención para el control de la prostitución y la lucha contra el tráfico de personas esclavizadas (Solana, J.L, 2008). Y es que no olvidemos que la prostitución no es algo que se elija de forma voluntaria, en la mayoría de los casos, sino que viene impuesto por distintos grupos organizados (mafias, bandas criminales, etc.) de seres humanos que esclavizan a otras personas (principalmente mujeres inmigrantes, aunque también a niños varones y transexuales).

El Código Penal español no castiga la prostitución como tal, pero sí el proxenetismo ejercido con o sin consentimiento de la persona que ejerce la prostitución (Art. 187.1 del CP)²¹. A este respecto, la jurisprudencia penal se ha decantado por una interpretación estricta o restrictiva del precepto, de forma que sólo cuando el proxenetismo sea ejercido sin consentimiento de la prostituta será entonces castigado, mientras que cuando medie consentimiento será permitido (Gala Durán, C, 2008). Así es, en este último caso, se considera una forma de garantía de la libertad sexual y, por consiguiente, un modo de expresión del derecho a la dignidad y la libertad a la hora de la toma de decisiones. De este modo, sólo se permitirá en España la prostitución ejercida por cuenta propia y/o por cuenta ajena con consentimiento (Quesada Segura, R, 2016)²².

Aunque no exista una regulación específica para esta anómala situación, lo cierto es que la jurisprudencia española se ha mostrado proclive (tesis mayoritaria) a entender la prostitución con consentimiento -y, de igual modo, la ejercida por cuenta propia- como objeto de contrato de trabajo. De hecho, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea

²⁰ Ver la noticia que publica el periódico la Vanguardia a fecha de 29 de abril de 2015. <http://www.lavanguardia.com/vida/20150429/54430937422/unas-350-000-mujeres-ejercen-la-prostitucion-en-espana-victimas-de-la-trata.html>

²¹ Dispone este artículo: “El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”.

²² Véase las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 14 de abril de 2008 (núm. 425/2009) y 8 de abril de 2008 (núm. 152/2008). En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 193/2003 de 27 de octubre.

(sentencia de 20 de noviembre de 2001, en el asunto C-289/99) ha aceptado este planteamiento al considerar a la prostitución como “una actividad económica”, de la cual se derivan derechos y obligaciones para las partes: “... la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (...), siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; bajo responsabilidad propia, y a cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente’ -por esta razón- La actividad de la prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse como un servicio prestado a cambio de una remuneración y, por consiguiente, está incluida en el concepto de actividades económicas por cuenta propia o no salariables”. En esta línea, el Tribunal Supremo ha aceptado que pueda crearse en España asociaciones de mujeres prostitutas en el Registro General de asociaciones (Sentencia del TS (Sala 4ª de lo Social) de 27 de noviembre de 2004, número 18/2004)²³.

Por el contrario, la tesis jurisprudencial minoritaria²⁴, niega la existencia de que pueda existir aquí una relación laboral. La prostitución se trata de una forma de violencia de género, esclavitud y, por lo tanto, resulta contraria a los derechos fundamentales (a saber: el derecho al honor, a la intimidad, a la dignidad y a la integridad física y moral). La explotación sexual del cuerpo humano no puede ser considerada válida, aunque medien las notas de voluntariedad de la persona que lo ejerce, onerosidad, ajeneidad y dependencia. No se olvide que falta, en este tipo de actividades de contenido sexual, el requisito de la “licitud” que se exige en el ámbito de las relaciones laborales.

Tras una acalorada disputa jurisprudencial, en esta materia, el Juzgado de lo Social nº10 de Barcelona irrumpe arrojando argumentos a favor de la laboralización de la prostitución en un centro de masajes a cambio de una retribución. El primer argumento que defiende es el de “voluntariedad” de la prestación de servicios. Por lo tanto, mientras no

²³ La primera asociación de mujeres prostitutas en España nace en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el año 2003. Se han constituido, en toda España, otras asociaciones de prostitutas (este es el caso de Aprosex).

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de mayo de 2009 (recurso número 101/08) y de 18 de mayo de 2015 (recurso núm. 835/13).

sea ilícita o contraria a la ley la prostitución cabe entender que el contrato es válido: “...la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho...”. En la misma línea jurisprudencial, y también en la relación de prostitución por cuenta ajena no coercitiva, sólo cabría hablar del delito de “explotación laboral” cuando detecta condiciones laborales abusivas (STS 651/2006, de 5 de junio) y se refiere a “explotación sexual lucrativa” (proxenetismo sin consentimiento en el sentido que castiga el CP) cuando hay “grave riesgo para los derechos” (STS 152/2008, de 8 de abril).

El segundo presupuesto se centra en la falta de reconocimiento de una legislación específica que otorgue cobertura normativa a esta relación laboral. Para el Juzgado de lo Social constituye un grave atentado a la dignidad, a la libertad y a la discriminación por razón de sexo la falta de legalización de la prostitución²⁵. Además, invoca para ello el art. 35 de la Carta Magna, y el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la única limitación del respeto al ordenamiento jurídico y a los valores y principios inherentes al mismo, concluyendo que “en el caso del colectivo de mujeres prostituidas parece claro que la vía más adecuada para lograrlo es la de su reconocimiento legal, restituyendo la debida consideración social...”. En relación a la libertad sexual, la considera implícitamente reconocida en la libertad individual en sentido amplio, pudiendo reconducirse al derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18 CE, como han reconocido diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (22 de octubre de 1981, 25 de marzo de 1992 y 22 de febrero de 1994).

De igual modo, este tribunal se apoya en los argumentos que ofrece la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre

²⁵ “Considera que la valoración como indigna de la actividad de la prostitución responde a una valoración de tipo moral, que no puede imponerse al libre arbitrio individual, y que solamente sería predicable de las condiciones en las que se ejerce, lo cual quedaría reparado con la regulación y tutela de su ejercicio por parte de la normativa laboral, al contribuir a su inclusión social, coadyuvando a restituirles la dignidad que tradicional e injustificadamente se les ha negado. Y añade que resulta hipócrita negar este estatus de trabajo digno de protección jurídica, cuando dicha legitimación ya existe para los empresarios de la industria sexual”.

explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género, y los cuales caminan hacia la senda de considerar a la prostitución como un “trabajo sexual”. El Parlamento Europeo, sorprendentemente, pide a través de esta normativa que los Estados miembros despenalicen la prostitución y deroguen la legislación represiva contra las personas que ejercen esta actividad. Entiende el Parlamento Europeo, haciendo una interpretación a “sensu contrario” de la realidad social, que “... despenalizar la industria del sexo en general y legalizar el proxenetismo no es la solución para proteger a las mujeres y las mujeres menores de edad de la violencia y explotación, sino que produce el efecto contrario y aumenta el riesgo de que sufran un mayor nivel de violencia, al tiempo que se fomenta el crecimiento de los mercados de la prostitución y, por tanto, el número de mujeres y mujeres menores de edad víctimas de abusos”.

Paradójicamente, estos tribunales olvidan la faceta de género que encierra la prostitución y se centran en defender los intereses de un grupo concreto de mujeres que voluntariamente ejercen la prostitución. En efecto, no cabe confundir un interés colectivo, con un interés generalizado de la mujer. Son dos conceptos distintos. Y es que, como bien argumenta la profesora Quesada Segura: “la prostitución es el ejemplo más evidente que debe combatirse desde la perspectiva de género... pues es causa y consecuencia de la perpetuación de los estereotipos de género y del pensamiento estereotipado sobre las mujeres que venden sexo, como la idea de que el cuerpo de las mujeres está en venta para satisfacer la demanda masculina del sexo” (Quesada Segura, R, 2016).

En otro orden de cosas, existe sin embargo, una tesis jurisprudencial bastante consolidada que acepta las actividades de alterne como objeto de contrato de trabajo. Olvidando, por contra, que el alterne constituye -en la mayoría de las ocasiones- una actividad a través de la cual se enmascara la prostitución. En otras palabras, se trata de una segunda actividad de contenido sexual²⁶.

²⁶ La diferenciación entre alterne y prostitución es clara. Así es, mientras que en la clásica relación de “alterne” la trabajadora recibe del titular del local una retribución exclusivamente por alternar con la clientela y estimularla en el consumo de bebidas, por el contrario, en la prestación de servicios sexuales, los servicios se conciertan y prestan por la trabajadora con el cliente, a iniciativa y por cuenta propia, en el propio local y liquidando al mismo propietario un precio por el alquiler de la habitación (Sentencia del Juzgado de lo Social de Cataluña de 18 de febrero de 2015- antes mencionada-).

La actividad de alterne (conforme a la definición que concede el diccionario de la Real Academia Española, debe entender como la acción de alternar, de tratar con clientes en salas de fiestas) puede constituir el objeto de un contrato de trabajo, siempre y cuando se cumpla el requisito de dependencia, ajeneidad, voluntariedad y onerosidad²⁷.

Para el Tribunal Supremo la determinación de si la actividad de alterne está o no incluida en el ámbito laboral cabe hallarla en la nota de dependencia *ex art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores*, ya que la presencia de las notas de ajeneidad y del carácter retribuido del trabajo no plantean ningún problema en la mayoría de los casos²⁸.

¡Para saber si concurre el elemento de “dependencia” será necesario demostrar que la empresa haya dado órdenes o indicaciones sobre la forma en que se ha de realizar el trabajo, o sobre el trato que deben dispensar a los clientes, o que la empresa organice de alguna forma la actividad de alterne en el local (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2016, recaída en el Recurso 1778/2015)²⁹.

En este sentido, entiende el Supremo que las condiciones en que se presta el trabajo por las “chicas”, con una cierta uniformidad en la indumentaria, con presencia física en un establecimiento de la empresa y con trato directo con los clientes de esta para inducirles al consumo, presupone una cierta facultad de organización, puesto que el responsable de un local abierto al público no puede racionalmente permitir que en él actúen unas personas y se relacionen con sus clientes en aspectos esenciales del vínculo comercial con la empresa sin ejercer un cierto control u organización de esta actividad³⁰.

²⁷ Ver Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 4 de febrero de 1988, de 19 de mayo de 1985, de 25 de febrero de 1984, de 3 de marzo de 1981. Y también Auto del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 2005, rec. 2253/2004.

²⁸ La ajeneidad consiste, según la doctrina científica y la jurisprudencia, en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 25 de enero de 2000 y 29 de enero de 1991) y es claro que es este último el que se apropia del beneficio producido por el estímulo del consumo de los clientes a cargo de las alternadoras y retribuye el trabajo del que deriva ese beneficio mediante una comisión en el gasto, que tiene encaje en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 26.1 y 29.2 de este mismo cuerpo legal.

²⁹ En esta misma línea, véase la sentencia del Tribunal Supremo que, con misma fecha, dicta la sentencia número 1099/2016 (rec. 1868/2015).

³⁰ Ver Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2004 (rec. 6006/2003). Y también Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia 4210/2015,

En contra de esta tesis, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2011, la cual defiende que “realizar un ejercicio de funambulismo al trazar una línea divisoria imaginaria entre la prostitución y el denominador alterne” supone admitir la prostitución, pero sin reconocerla directamente (Díaz Aznarte, M^aT, 2015).

4. Bibliografía

- BAVIERA PUIG, I (2007). *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- CHARRO BAENA, P (2008). *Titularidad del derecho*. En VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V y CHARRO BAENA, P, Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia. ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y normas autonómicas. Thomson-Civitas, Navarra.
- COLECTIVO IOE. (1998). *Mujeres inmigrantes en España. Proyectos migratorios y trayectorias de género*. OFRIM, Suplementos.
- DEL CASTILLO ACUÑA, F (2013). *La migración del cuerpo y mano de obra femenina en Andalucía. El trabajo doméstico: una visión antropológica*. En VV.AA. GARCÍA CASTAÑO, J y KRESSOVA, N (Eds). Diversidad cultural y migraciones, Granada, Comares, págs. 65-78.
- DÍAZ AZNARTE, M^a.T (2015). *La libre prestación de servicios sexuales en el ordenamiento jurídico-laboral español. El desencuentro entre la realidad y el Derecho*. Revista de Derecho de las Relaciones Laborales, n° 6, págs. 644 a 656.
- DURAND, P (1991). *La política contemporánea de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- GALA DURÁN, C (2008). *Una aproximación, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la regulación de la prostitución*. Revista Nueva victorial del PSOE, n°191.

de fecha 8 de julio de 2015 (rec. 1563/2014); y 5973/2014, de fecha 27 de noviembre de 2014 (rec. 2292/2013); de Castilla-La Mancha 41/2011, de fecha 17 de enero de 2011 (rec. 1382/2010); y de Madrid 672/2009, de fecha 25 de septiembre de 2009 (rec. 2018/2009); 339/2009, de fecha 30 de abril de 2009 (rec. 5859/2008).

- GARRIDO PÉREZ, E (2003). *El trabajo en el hogar: un replanteamiento de su especialidad desde el punto de vista normativo y jurisprudencial*. En VV.AA., RUIZ PÉREZ, E (Coord), Mujer y Trabajo. Albacete, Bomarzo.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a (2007). *Las prestaciones económicas para situaciones de dependencia en el ordenamiento jurídico español*. En VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C; MORENO VIDA, M^a.N; MALDONADO MOLINA, J. A y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a (Dir y Coord). La protección jurídica de las situaciones de dependencia VV.AA., Comares, Granada.
- INE (2016). *Encuesta de Población Activa. Resultados anuales*.
- MALDONADO MOLINA, J.A (2006-2007). *La protección de los migrantes-dependientes*. Documentación Administrativa, n° 276-277, pp. 649-651.
- MALDONADO MOLINA, J.A (2011). *La protección de la dependencia en la Seguridad Social Comunitaria*. Noticias de la Unión Europea, n° 319, página 75.
- MOLPECERES ÁLVAREZ, L (2012). *Situación laboral de las mujeres inmigrantes en España*. Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 1, págs. 91-113.
- MONEREO PÉREZ, J.L (2006). *El modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social*. Documentación Laboral, n° 276-277.
- MONEREO PÉREZ, J.L (2016). *Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n° 41.
- MONEREO PÉREZ, J.L Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a (2010). *La protección de la dependencia desde una perspectiva de género*. En *Género y derechos fundamentales*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L Y MONEREO ATIENZA, C (Dir y Coord), Comares, Granada, pp. 525 -526.
- MONEREO PÉREZ, J.L; MORENO VIDA, M^a.N; MALDONADO MOLINA, J.A y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a (2014). *Manual de derecho de dependencia*. Tecnos, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A (2006). *Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 129, págs. 5 y siguientes.

- Organización Internacional para las Migraciones (2016). *Estudio sobre la situación laboral de la mujer inmigrante en España*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- QUESADA SEGURA, R (2016). *Género y trabajo informal*. En VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y PÉLAN QUESADA, S (Dir). Derecho Social y Trabajo informal. Comares, Granada, págs. 167 a 193.
- ROMERO MARTÍN, E (2015). *Los trabajos familiares, benévolo amistosos y de buena vecindad*. Revista online de noticias de actualidad.
- SERRANO GARCÍA, Mª J (2008). *El derecho a la igualdad retributiva por razón de género*. En VV.AA., VALDÉS DAL-RÉ, F y QUINTANILLA NAVARRO, B (Dir). Igualdad de género y relaciones laborales, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, págs. 121-124.
- SOLANA, J.L (2008). *Movimientos migratorios, trabajadoras inmigrantes y empleo en la prostitución*. Documentación Social, nº144.
- VECINA MERCHANT, C Y BALLESTER BRAGE, L (2005). *Mujeres inmigrantes prostitutas. La configuración de un autoconcepto*. Revista de Ciencias Sociales, nº18.
- VELA DÍAZ, R (2014). *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*. Granada, Comares, págs. 27-35.
- VON IHERING, R (2011). *El fin en el derecho*. Estudio Preliminar “Pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez. Comares, Granada, pág.129.
- VV.AA (2014). *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudios sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*. Granada, Comares.
- VV.AA (2017). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada, Comares.



IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

DR. J. EDUARDO LÓPEZ DE AHUMADA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá

SUMARIO:

- 1.** Introducción.
- 2.** El derecho fundamental internacional a la igualdad y no discriminación: principio informador de los convenios de la OIT.
- 3.** El marco específico de protección de los trabajadores migrantes.
- 4.** La extensión del principio de igualdad y no discriminación a las relaciones privadas.
- 5.** El impacto de las formas de discriminación múltiple en el empleo y la ocupación de los trabajadores migrantes.
- 6.** Supuestos típicos de discriminación múltiple en el ámbito del trabajo migrante.
- 7.** La aplicación del principio de igualdad y no discriminación como presupuesto necesario del trabajo decente.
- 8.** Programas de acción de la OIT para la promoción de la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación.

PALABRAS CLAVE: Migraciones laborales, OIT, derechos fundamentales laborales, igualdad y no discriminación, trabajo decente

RESUMEN: El presente estudio aborda el tratamiento de la OIT a las migraciones laborales, analizando su problemática desde la óptica del principio de igualdad y no

discriminación. La OIT desarrolla programas y acciones dirigidos a la protección de los trabajadores migrantes. Dichas actuaciones derivan de la aplicación de los derechos fundamentales internacionales en el trabajo contemplados en los convenios internacionales específicos y generales de la OIT. Las medidas internacionales están orientadas a promover condiciones para asegurar que los flujos migratorios laborales se desarrollen garantizando la igualdad de trato y de oportunidades. Este trabajo analiza dichas medidas, que suponen directamente un importante reconocimiento a la contribución que las migraciones representan especialmente en los países de destino. Ciertamente, los desplazamientos internacionales contribuyen al crecimiento económico y a la creación del bienestar. Este estudio analiza las migraciones laborales como una cuestión de naturaleza transversal, que se encuadra en el ámbito del programa del trabajo decente.

EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION OF MIGRANT WORKERS

SUMMARY: This study studies the ILO's treatment of labor migration, analyzing its problems from the perspective of the principle of equality and non-discrimination. The ILO develops programs and actions aimed at the protection of migrant workers. These actions are based on the application of international fundamental rights at work, contemplated in the specific and general international conventions of the ILO. International measures are aimed at promoting conditions to ensure that labor migration flows are developed guaranteeing equal treatment and opportunities. This paper analyzes these measures, which directly imply an important recognition of the contribution that migrations make, especially in the countries of destination. Certainly, international displacements contribute to economic growth and the creation of well-being. This study analyzes labor migration as a cross-cutting issue, which falls within the scope of the decent work program.

KEYWORDS: labor migration, International Labor Organization, fundamental labor rights, equality and non-discrimination, decent work

CONTENTS:

- 1.. Introduction.
2. The fundamental international right to equality and non-discrimination: informing principle of the ILO conventions.
3. The specific framework for the protection of migrant workers.
4. The extension of the principle of equality and non-discrimination to private relations.

5. The impact of multiple forms of discrimination on the employment and occupation of migrant workers.
6. Typical cases of multiple discrimination in the field of migrant work.
7. The application of the principle of equality and non-discrimination as a necessary presupposition of decent work.
8. Programs of action of the ILO for the promotion of equality and non-discrimination in employment and occupation.

* * * * *

1. Introducción

La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la OIT se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos migratorios. La OIT desarrolla programas y acciones dirigidos a la protección de los trabajadores migrantes, que derivan de la aplicación de los derechos fundamentales internacionales en el trabajo contemplados en los convenios internacionales específicos y generales. Ello supone promover condiciones para asegurar que los flujos migratorios laborales se desarrollen garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, reconociendo la importante contribución que dichas migraciones suponen especialmente en los países de destino, ya que contribuyen al crecimiento económico y a la creación del bienestar. Las migraciones laborales es una cuestión de naturaleza transversal, que se encuadra en el ámbito del programa del trabajo decente¹. Ello presupone promover que las migraciones se asienten en condiciones de libertad, dignidad, equidad y seguridad en sintonía con el concepto de trabajo decente. Los movimientos migratorios internacionales tienen actualmente naturaleza compleja y son diversos en sus manifestaciones y razones que los motivan. Por tanto, los migrantes internacionales son colectivos heterogéneos.

Desde el punto de vista de la igualdad, nuestra atención se dirige a los trabajadores que encuentran en el acceso al empleo y en la ocupación

¹ Vid. OIT, *Rights, Labour Migration and Development: The ILO Approach*, Ginebra, 2007, p. 4.

prácticas discriminatorias ligadas a su condición migrante y cuyas relaciones se ven sometidas a elevadas dosis de precariedad laboral. El fenómeno de las migraciones laborales está en conexión con los desafíos que han impuesto los cambios económicos, demográficos y tecnológicos, que demandan la presencia de los trabajadores extranjeros en los países industrializados. Ciertamente, los trabajadores migrantes ocupan generalmente empleos que no se logran cubrir con los trabajadores nacionales, y en su incorporación y actuación en el mercado de trabajo pueden encontrar diversas barreras formales o informales que iremos analizando. Dichos obstáculos impiden el acceso a un trabajo digno y justo. Con todo, conviene apuntar que la actual crisis económica y del empleo ha afectado especialmente a las condiciones de empleabilidad de los trabajadores migrantes. La actual recesión económica ha supuesto, como veremos, una pérdida de protagonismo del tema de los trabajadores migrantes en comparación con las acciones internacionales previas a la crisis económica.

2. El derecho fundamental internacional a la igualdad y no discriminación: principio informador de los convenios de la OIT

El objetivo de la igualdad de los trabajadores migrantes está formalmente reconocido en los principales convenios internacionales que protegen los derechos humanos. Nos estamos refiriendo a importantes normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 2), que contempla la igualdad y no discriminación como derecho básico de los seres humanos. Debemos destacar la proclamación general del derecho a la igualdad, que garantiza que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos” (art. 1). Estamos, pues, ante un derecho humano que gozan todas las personas “sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2).

El Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos de 1996 garantiza asimismo en el ejercicio de los derechos civiles la igualdad ante el Derecho y prohíbe cualquier tipo de práctica discriminatoria en el trabajo. La igualdad efectiva se garantiza respecto de todas las personas,

“sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 2.1)². Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 garantiza los principios de igualdad y no discriminación, cuya aplicación es objeto de un seguimiento periódico por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³. Se asegura el libre ejercicio de los derechos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social “ (art. 2.2)⁴. Concretamente, en el ámbito laboral se garantiza el derecho al trabajo y a la formación profesional, el disfrute de favorables condiciones de trabajo, salarios justos y en régimen de igualdad por el trabajo desarrollado, seguridad y salud en el contrato, igualdad de promoción en el trabajo, descanso, ocio y limitación de la jornada y vacaciones, así como poder formar parte de sindicatos y ejercer el derecho a la huelga (art. 6-8).

Con carácter general, conviene indicar que dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos contemplan cláusulas abiertas relativas a la igualdad y no discriminación. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que se prohíbe implícitamente la discriminación por razón de nacionalidad y ello aunque en algunos de estos textos internacionales no se haga referencia explícita a la nacionalidad como motivo de discriminación. El Tribunal ha resuelto que no se pueden denegar las prestaciones de seguridad social a los

² Asimismo, el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos establece que nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre o constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

³ En relación a los márgenes de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacamos el siguiente informe. Vid. Commitee on Economic, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, párr. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), United Nations, Social and Cultural Rights, Economic and Social Council, E/C.12/GC/20, julio 2009.

⁴ Con todo, se ha indicado que el principio de no discriminación opera de forma más debilitada en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales en comparación con los derechos civiles y políticos, y ello a pesar de que dicha diferenciación tenga una difícil justificación. Vid. FITZPATRICK, J., “The Human Rights of Migrants”, en Aleinikoff, T.A. y Chetail, V. (Eds.), en *Migration and International Legal Norms*, Asser Press, The Hague, 2003, pp. 175-176.

migrantes únicamente por ostentar una nacionalidad extranjera. Se trata, pues, de un planteamiento protector desde la óptica de los derechos humanos. En efecto, estamos en presencia de un derecho fundamental que se aplica a los trabajadores con independencia de su condición regular o irregular en el país en que se hallen y ello debido a que el disfrute de los derechos humanos fundamentales no está vinculado a la ciudadanía o a la residencia regular en el país de acogida⁵. El principio de no discriminación tienen un papel central en la configuración de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y las cláusulas de no discriminación contenidas en los convenios internacionales sobre derechos humanos son de aplicación general⁶.

Asimismo, la supresión de la discriminación en el trabajo forma parte de los propios principios constitutivos de la OIT desde su creación en 1919. La acción internacional contra la discriminación tiene su propio origen en los objetivos de la OIT, entre los que figura la justicia social, la libertad y la igualdad. Concretamente, en el Tratado de Versalles de 1919 se recoge el deber de la OIT de tutelar específicamente a los trabajadores migrantes, especialmente en los supuestos de tráfico o trata de personas, así como en el ámbito de la migración irregular. El Tratado de Versalles asegura la igualdad en el empleo y la ocupación, dado que las “las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país” (art. 427).

La propia Declaración de Filadelfia de 1944, así como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (Conferencia Internacional del Trabajo de 18 de junio de 1998) conceden el máximo reconocimiento a la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Concretamente, se contempla el compromiso de eliminar cualquier tipo de discriminación en el empleo y la ocupación [punto 2, letra d)]⁷. Por su parte, la Declaración

⁵ Vid. OIT, *Trabajadores migrantes (discusión general en un enfoque integrado)*, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, No-nagésima segunda reunión, núm. 22, miércoles 16 de junio de 2004, conclusión número 28.

⁶ Vid. FITZPATRICK, J., “The Human Rights of Migrants”, *loc. cit.*, p. 171.

⁷ Dicha Declaración fue formulada en el marco de la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio de 1998. En este mismo sentido, cobra

de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, presta una atención especial a los problemas de los trabajadores migrantes. Dicha Declaración vino en su momento a reforzar significativamente los objetivos de la Constitución de la OIT, mediante la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y la promoción de un crecimiento más equitativo, teniendo como objetivo la promoción del pleno empleo con respeto a la dignidad, la seguridad y la igualdad de oportunidades. Concretamente, la Declaración de Filadelfia de 1944, actual Carta de Constitución de la OIT, garantiza que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” [Anexo a la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, epígrafe II, letra a)]. De este modo, los derechos laborales de los trabajadores migrantes están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en la Constitución de la OIT⁸. Estamos, pues, ante un principio rector de la propia OIT, que prácticamente durante un siglo ha trabajado intensamente por implementar dicha máxima en las relaciones laborales desde un punto de vista globalizado.

La igualdad y no discriminación se configura como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona⁹ y ello es una consecuencia derivada de la propia naturaleza de los principios y derechos fundamentales en trabajo. Su carácter universal implica su aplicación a todas las personas con independencia del Estado a que pertenezcan y, por tanto, son derechos

especial importancia en materia de reconocimiento del principio de no discriminación la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008 y el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.

⁸ La OIT tiene, entre sus funciones, el compromiso de tutelar a los trabajadores migrantes. Así se declara expresamente en el preámbulo de la Constitución, que recoge la obligación de la OIT de mejorar la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado)*, 1949 (núm. 97) y la *Recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, 1975 (núm. 143) y la *Recomendación (núm. 151)*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, junio de 1999.

⁹ Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2009, p. 225. GIL Y GIL, J.L., - USHAKOVA, T., “La Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pp. 101-102.

que disfrutaran los trabajadores migrantes sin perjuicio de su situación regular o irregular en el país donde prestan servicios. Con todo, la OIT ha venido reforzando en sus instrumentos internacionales generales la garantía de la igualdad y no discriminación. La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 contempla el deber de la OIT de prestar especial atención a los problemas de los trabajadores migrantes¹⁰, asegurando empleo y ocupación libre sin posibilidad de discriminación. Concretamente, garantiza la igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes, sin tener en cuenta su nacionalidad o la situación de residencia regular o irregular¹¹ y los Estados miembros de la OIT se comprometen a observar dichos principios incluso con carácter previo a la propia ratificación de los convenios internacionales específicos de la OIT en materia de trabajadores migrantes¹².

En el ámbito de los trabajadores migrantes, la Convención internacional de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares de 1990, vigente desde el año 2003, supone una respuesta específica de Naciones Unidas en la que ha influido la acción de la OIT. Dicho convenio aborda los problemas de los flujos migratorios laborales y viene a ampliar la protección de los derechos universales para este colectivo especial, permitiendo su recepción por parte de las legislaciones nacionales. Sin duda, se trata de un instrumento internacional que acoge las reglas propias de los convenios OIT núms. 97 y 143 (*vid. infra*), permitiendo la ampliación de la protección al ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y civiles de los trabajadores migrantes. Y, especialmente, contempla un tratamiento específico al fenómeno de la agrupación familiar, extendiendo la garantía de la igualdad a los familiares que acompañan a los trabajadores migrantes en sus estancias. De forma complementaria,

¹⁰ La Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo, celebrada en Copenhague en 1995, declaró como principio fundamental la garantía de empleo y ocupación sin discriminación y es el antecedente de la Declaración de la OIT relativa los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

¹¹ Vid. Declaración de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (apdo. 2º).

¹² En este sentido, conviene recordar que la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 considera como uno de los cuatro objetivos estratégicos de la organización el respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

debemos destacar igualmente la importancia de distintos instrumentos de Naciones Unidas que vienen a proteger a los trabajadores en las migraciones laborales. En este sentido, destacamos la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)¹³ o la declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas relativa a los objetivos de Desarrollo del Milenio con el fin de reducir la pobreza (2000).

Asimismo, la igualdad y no discriminación se asegura gracias al enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos, que ya fue reconocido en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993 y que ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales¹⁴. El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como criterios no vinculante en el ámbito de una economía global¹⁵. Sin duda, gravita de forma recurrente el debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido especialmente al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Por tanto, las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *soft law* internacional, que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales¹⁶.

¹³ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 complementa los instrumentos de la Naciones Unidas en materia de igualdad entre los hombres y las mujeres. Esta protección es especialmente importante en el caso de los trabajadores migrantes en materia de tráfico de persona y explotación de las mujeres, especialmente en el caso de la prostitución.

¹⁴ Vid. OIT, Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos, Reunión Tripartita de expertos sobre Marco multilateral de la OIT para las migraciones internacionales, Ginebra, 31 de octubre-2 de noviembre de 2005.

¹⁵ Sin duda, el Marco Multilateral de la OIT para las migraciones ha representado un impulso a los planes y programas de acción destinados a los trabajadores migrantes. Vid. OIT, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004.

¹⁶ En este sentido, el art. 22 de la Constitución de la OIT obliga a cada uno de los Estados miembros a “presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido”. De igual modo, los Estados están obligados a “informar sobre el estado

Del mismo modo, distintos sistemas regionales de integración contemplan en sus instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos cláusulas abiertas relativas a la igualdad y no discriminación, cuya aplicación implica la prohibición de las distinciones injustificadas hacia las personas por razón de su nacionalidad. En este punto, en el ámbito del Consejo de Europa es preciso resaltar la relevancia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas de 1950 (art. 14), cuyas proclamaciones de garantía del principio de la igualdad están igualmente contempladas en las Constituciones de los Estados miembro.

Especial importancia tiene el marco normativo de la Unión Europea. La OIT ha resaltado los importantes avances realizados en el seno de la Unión Europea, que ha desarrollado un ambicioso proyecto de remoción de la desigualdad. El Tratado de la Comunidad Europea, según su versión del Tratado de Ámsterdam de 1997, contempló la garantía de la plena igualdad entre los hombres y las mujeres en el trabajo, sin distinción de nacionalidad, como un mandato para los Estados miembros (art. 2). Asimismo, la libre circulación instaurada en la Unión Europea, implica la supresión de cualquier forma de discriminación por razón de nacionalidad entre ciudadanos de Estados miembros de la UE, que está expresamente prohibida en virtud del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta disposición también debería invocarse, en principio, para prohibir las diferencias de trato injustificables e ilegales por razón de nacionalidad que se aplican entre distintos grupos de ciudadanos que no pertenecen a la UE, toda vez que engloba asimismo la parte del Tratado relativa al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, referente a la formulación y elaboración de las políticas europeas en materia de inmigración y asilo. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Tratado de Niza de 9 diciembre de 2000, contiene una cláusula abierta de igualdad y no discriminación, ya que todas las personas son iguales ante la Ley (art. 20) y se prohíbe toda discriminación por razón

de [su] legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del Convenio, e indicando las dificultades que impiden o rechazan la ratificación de dicho Convenio”.

de nacionalidad (art. 21.1 y 2). Asimismo, se reconoce que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se asegura en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Trabajo de la Unión. Sin duda, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha reforzado la garantía de la igualdad, prohibiendo por completo cualquier manifestación de discriminación en el trabajo (arts. 20 a 23).

3. El marco específico de protección de los trabajadores migrantes

En relación a la normativa internacional de la OIT, debemos destacar los convenios específicos sobre trabajadores migrantes, que aseguran la igualdad de trato y de oportunidades, así como la ausencia de prácticas de discriminación en el trabajo. Sin duda, la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores migrantes representa una medida efectiva de protección, ligada al respeto de la dignidad de la persona. Asimismo, se considera que la garantía de la tutela jurídica evita el denominado *dumping* social. De este modo, se asegura que el recurso al trabajo de las personas migrantes tiene el mismo valor para las empresas que el coste soportado por éstas respecto de los trabajadores nacionales¹⁷.

Los instrumentos normativos específicos adoptados por la OIT son el convenio núm. 97 (revisado) de 1949 y el Convenio núm. 143 (disposiciones complementarias) de 1975, así como las Recomendaciones núm. 86 de 1949 y la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT¹⁸. Las normas contenidas en los convenios definen el estatuto de los trabajadores migrantes, abordando el proceso de migración desde el tránsito migratorio hasta las situaciones de inmigración tanto temporal como permanente. De igual modo, se contemplan excepciones como

¹⁷ Vid. VITTIN-BALIMA, C., “trabajadores migrantes”, en Javillier, J.-C. (Dir.), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. 158.

¹⁸ En cualquier caso, es preciso recordar que los Convenios son instrumentos normativos de directa y obligada aplicación por parte de los Estados. En cambio, las Recomendaciones carecen efectivamente de efecto jurídicamente vinculante y no se encuentra sometidas al acto de ratificación.

las relativas a los trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales. Dichas normas configuran el marco normativo básico y mínimo de protección de los trabajadores migrantes, reconociendo como objetivo principal la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de trato y de oportunidades¹⁹. Sin duda, estos convenios específicos son una muestra de la preocupación de la OIT por los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. Dichos convenios se complementan a efectos de tutela con otros convenios de la OIT generales como el convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951 o los convenios relativos a la Seguridad Social (*vid. infra*). Sin duda, uno de los aspectos esenciales de estos instrumentos normativos se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación, ya que dichas normas se aplican, como sucede con carácter general con los derechos humanos, a todas las personas por igual²⁰, incluidos los trabajadores migrantes irregulares, a menos que se indique expresamente lo contrario como así hacen los convenios expresamente en determinados aspectos²¹.

Ciertamente, estos convenios específicos se adoptaron hace ya muchos años y, sin duda, la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones laborales ha evolucionado²². Ello significa que las normas contenidas en su articulado deberían interpretarse a favor de la libertad y la observancia de la igualdad, teniendo en cuenta la propia promoción de los derechos fundamentales en el trabajo realizada por la OIT (*vid. supra*). En efecto, el contexto económico y social de las migraciones internacionales ha cambiado sustancialmente desde la aprobación de los Convenios 97 y 143, en 1940 y 1970 respectivamente. Y ello implica la necesidad de

¹⁹ Téngase en cuenta el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.

²⁰ Vid. OIT, conclusión número 28, y el principio 9, apartado a), del marco multilateral para las migraciones laborales.

²¹ Vid. GAROFALO, L., "Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario", en AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci Editore, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale, Bari, 2007, p. 36. POTOBSKY, G., "Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, julio/septiembre de 1984, p. 333. FITZPATRICK, J., "The Human Rights of Migrants", *loc. cit.*, p. 172.

²² Efectivamente, dichos convenios fueron adoptados en dos momentos clave, como son la posguerra mundial y la crisis del petróleo de los años setenta con el fin de estimular los flujos migratorios.

adaptación de dicho marco a la actual economía globalizada, asegurando la observancia del principio de igualdad y no discriminación²³. En este sentido, podemos citar como ejemplo el aumento del protagonismo de la participación de la mujer en los procesos migratorios, que demanda una respuesta especial desde la perspectiva de la igualdad de trato como persona migrante a la que se suma la condición de mujer. De este modo, la interpretación del estatuto del trabajador migrante basada en derechos es un cambio sustancial, que asegura un espacio de integración e inclusión social de los trabajadores migrantes²⁴.

Las cláusulas normativas de los convenios específicos deben igualmente interpretarse teniendo en cuenta las nuevas líneas de acción del Marco multilateral para las migraciones, así como las declaraciones de la OIT sobre el enfoque de las migraciones internacionales basado en derechos. Sin duda, los impulsos más intensos a favor de la igualdad y la no discriminación afectarían a las ratificaciones de dichos instrumentos internacionales, que se configuran como estatuto de *soft law* con el fin de buscar en estándar mínimo internacional. A pesar de dicha flexibilidad, debemos destacar el bajo número de ratificaciones de dichos convenios, siendo especialmente más bajo el índice de ratificación del convenio núm. 143 (veintitrés ratificaciones), al extender la protección en igualdad más allá de la acción de los poderes públicos²⁵, lo cual hace que la negativa estatal provenga generalmente de los países de acogida²⁶. En este punto, conviene indicar que el acto de ratificación

²³ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Informe VI, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, pp. 86-ss.

²⁴ Vid. OIT, *Marco multilateral de la para las migraciones laborales*, *op. cit.*, (principio núm. 14). OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, *op. cit.*, p. 3.

²⁵ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, *op. cit.* pp. 146-147. VITTIN-BALIMA, C., “trabajadores migrantes”, *loc. cit.*, p. 134.

²⁶ Y ello se debe al conflicto entre los deberes que imponen los convenios con el contenido de las legislaciones nacionales de extranjería, que supone una falta de conformidad de las normas nacionales con el contenido de los convenios. Igualmente, existen problemas específicos de los mercados laborales nacionales o la imposibilidad de asumir un mayor coste financiero que implica el aumento del entramado administrativo que gestiona los flujos migratorios. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, *op. cit.*, apartados 629 y ss. FITZPATRICK, J. “The Human Rights of Migrants”, *loc. cit.*, p. 177. RODRÍGUEZ-PINERO, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, en Javillier, J.C. – Gernigon, B. (Dir.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, p. 543.

de dichos convenios es importante, porque los trabajadores migrantes podrán beneficiarse de los beneficios anejos a dichos convenios. Ello es así siempre que el Estado en el que residen y prestan sus servicios lo ha ratificado, con independencia de si su Estado de origen es o no signatario del mismo. Esto significa que la aplicación de estos convenios no se basa en exigencias de reciprocidad, que son propias de los convenios bilaterales entre Estados²⁷. A pesar de todo, dichos convenios específicos han jugado un papel importantísimo, ya que han influido en la adopción de convenciones y declaraciones posteriores de la OIT y de Naciones Unidas, e igualmente han permitido impulsar en muchos países la elaboración de leyes específicas de promoción de la igualdad en materia migratoria²⁸.

4. La extensión del principio de igualdad y no discriminación a las relaciones privadas

Por su parte, el Convenio núm. 143 de la OIT refuerza la necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migrantes (art. 1), protección que deberán asegurar los Estados con independencia del carácter regular o irregular de la residencia del trabajador migrante²⁹. Por tanto, el convenio contempla la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos básicos de los trabajadores migrantes protegiendo a las personas migrantes que residen en el país de destino. Sin duda, el principal problema consiste

²⁷ Precisamente, la OIT considera muy positivo el desarrollo de convenios internacionales bilaterales como instrumentos que permiten ordenar las migraciones laborales en función de las relaciones concretas de los Estados afectados. Sin duda, los convenios 97 y 143 insisten en la necesidad de avanzar en la cooperación entre los Estados permitiendo una respuesta bilateral al fenómeno de las migraciones. Por ejemplo, la Recomendación núm. 86 contempla en su anexo un acuerdo tipo en relación al tratamiento de las migraciones temporales y permanentes, donde cobra especial relevancia la necesidad de contemplar la máxima de la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores nacionales, especialmente en materia de Seguridad Social.

²⁸ Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *loc. cit.*, p. 232.

²⁹ Es importante resaltar, una vez más, que esta referencia a los trabajadores migrantes en el art. 1 del Convenio núm. 143 se refiere a los migrantes cuya situación se encuentra regularizada o no. Vid. POTOBSKY, G., “Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT”, *loc. cit.*, p. 343.

en interpretar hasta donde alcanza la defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Ciertamente, deberíamos entender que el derecho de igualdad de trato y de oportunidades sería esencial y centro de gravedad en el objeto de la protección. Sin embargo, el propio Convenio núm. 143 contempla un tratamiento diverso al tema de la igualdad.

La primera parte del Convenio se refiere a las migraciones en condiciones abusivas y en este punto el art. 1 garantiza expresamente el respeto de los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Sin duda, y desde la óptica de la igualdad de trato y de oportunidades, el Convenio núm. 143 presta especial atención a la protección de los trabajadores migrantes que sufren condiciones de empleo y trabajo abusivas y lucha contra la migración clandestina, así como contra la migración en situación irregular (art. 3). Los Estados están obligados a combatir las situaciones de empleo ilegal, así como erradicar las migraciones promovidas en régimen de clandestinidad³⁰. Por tanto, en estas cuestiones se garantiza la igualdad de forma expansiva abarcando a trabajadores regulares o irregulares, ya que el bien protegido es la propia libertad y dignidad de la persona. El Convenio núm. 143 pretendía en su momento actualizar la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones, especialmente al problema de la migración irregular que en los años setenta convivió con un época de crisis económica y de empleo. El Convenio es ciertamente ambicioso, ya que garantiza la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en situación irregular en sus derechos básicos de empleo, especialmente en materia salarial por los trabajos anteriormente prestados (art. 9), y permite un ámbito de protección concreto en los casos de pérdida sobrevenida del empleo, que no puede dar lugar a la pérdida del permiso de residencia o de trabajo y, por tanto, el trabajador no podrá ser considerado en situación irregular (art. 8). En materia de seguridad social, la protección en esta primera parte se reconoce a los trabajadores migrantes regulares, pero aquellos que se encuentre sobrevenidamente de forma irregular, solamente tendrán derecho a la protección por sus derechos de seguridad social derivados de empleos anteriores en régimen regular. Por tanto, en esta

³⁰ En este sentido, se ha indicado que dicho efecto deriva directamente del incumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores. Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *loc. cit.*, p. 252.

primera parte del Convenio vemos como la garantía de protección de los derechos humanos no alcanzaría plenamente a la acción protectora de Seguridad Social.

En la segunda parte del Convenio núm. 143 los Estados signatarios se comprometen a aplicar una política nacional orientada a promover y asegurar la igualdad de oportunidades y de trabajo para los trabajadores migrantes y sus familiares (art. 10). Específicamente, esta parte dedicada monográficamente a la igualdad de oportunidades y de trato (arts. 10-14) contempla restrictivamente la aplicación del principio a los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren en situación regular conforme a las normas de extranjería del país de acogida (art. 10), sin hacer referencia expresa al tratamiento diferencial en función de la residencia temporal o permanente. La referencia a los vínculos familiares implica que los Estados firmantes se comprometen a facilitar la reagrupación familiar en relación al trabajador migrante que tiene residencia legal.

El tratamiento de la igualdad en esta parte segunda del Convenio supone un avance respecto el Convenio núm. 97, ya que la igualdad no se refiere solamente a la igualdad de trato, sino que tiene un ámbito mayor de acción refiriéndose igualmente a la igualdad de oportunidades en las relaciones privadas. Ciertamente, este instrumento, así como la Recomendación núm. 151, suponen un cambio importante respecto del Convenio núm. 97, ya que el objetivo no gravita tanto en eliminar el posible trato desigual por la acción de la Administración (especialmente por parte de los servicios públicos de empleo), sino garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y suprimir las posibles discriminaciones también en las relaciones jurídico privadas³¹. En este sentido, destaca la garantía de reglas relativas a la libertad de trabajo como medida a favor de la igualdad, permitiendo que los trabajadores migrantes puedan cambiar de empresario una vez transcurridos como mínimo dos años (art. 14). Ello es un mecanismo importante que evita posibles abusos empresariales. Efectivamente, facilita la movilidad en el mercado de trabajo y permite buscar otra colación asegurando una situación de indemnidad laboral. Con carácter general, la obligación de permanecer con el empleador por períodos muy largos puede dar lugar

³¹ Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, *op. cit.*, apartado 369.

a que el empleador pueda de una manera injustificada presionar a su empleado, amenazándole con dejar de renovarle el contrato en función de su situación administrativa de residencia y de la correspondiente autorización para el trabajo.

El Convenio núm. 143 asegura la ausencia de discriminación en el acceso al empleo, así como en el propio desarrollo de la relación laboral, el derecho de sindicación y se garantiza la igualdad en el acceso a derechos básicos como la educación y la formación profesional a los efectos de conseguir la promoción personal y profesional (arts. 8 y 12). En este sentido, y en comparación con el convenio de 1949, se produce un avance en la garantía de la igualdad, al referirse a la igualdad de oportunidad y de trato en el empleo y la ocupación, los derechos sindicales y, en general, a las libertades individuales y colectivas, que son aplicables a los trabajadores migrantes o a los miembros de sus familias con residencia legal. Asimismo, se garantiza el derecho a la protección social asegurando la igualdad de trato, pero condicionado a la situación legal del trabajador migrante (art. 10). Ello conecta el Convenio num. 143 con los convenios generales de la OIT relativos a la Seguridad Social, que se refieren a la adquisición, conservación y, en su caso, exportación de los derechos de Seguridad Social (*vid infra*).

5. El impacto de las formas de discriminación múltiple en el empleo y la ocupación de los trabajadores migrantes

La discriminación que sufren los trabajadores migrantes no se presenta en la realidad como un fenómeno univoco y estático, puesto que generalmente concurre con otros motivos discriminatorios que son difíciles de erradicar en la práctica por motivos sociales e incluso culturales. Las formas de discriminación han ido ciertamente evolucionando con el paso del tiempo y actualmente podemos hablar de un contexto ciertamente heterogéneo que afecta especialmente a los trabajadores migrantes, que tienen derecho a disfrutar de un trabajo decente, sin perjuicio de su nacionalidad, raza, religión, origen social, edad, discapacidad, orientación sexual, etc.

Ciertamente, se trata de un tema profundamente complejo, donde están presentes múltiples aspectos jurídicos. En la práctica resulta

difícil diferenciar la discriminación fundada en la nacionalidad, el sexo, la raza o el origen nacional, y ello debido a que, por ejemplo, sexo y raza o ascendencia nacional son factores indisolublemente relacionados, que afectan concretamente a colectivos con identidades culturales propias pertenecientes a minorías sociales. Ello supone, por ejemplo, que ser mujer trabajadora e inmigrante aumenta considerablemente las probabilidades de sufrir prácticas discriminatorias, lo cual es una desventaja en el trabajo³². Igualmente, podemos destacar la proyección de la edad como causa de discriminación, actualmente en alza debido a su incidencia sobre los jóvenes o personas maduras migrantes que demandan un empleo. Indudablemente, la condición de extranjero puede concurrir negativamente con el hecho de ser joven o mujer, lo que incrementa sus dificultades de acceso al mercado trabajo y les sitúa como colectivo especialmente vulnerable. Ello conecta directamente con el tratamiento del convenio sobre igualdad en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, así como con el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951, que prevé la garantía de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

El impacto de las prácticas racistas, debido a los prejuicios existentes ante los trabajadores extranjeros, ha aumentado por la crisis del empleo y por los peligros de la globalización. De este modo, los trabajadores migrantes se encuadran en un colectivo social que encuentra especiales dificultades de ejercicio del libre desarrollo personal y profesional. Estos casos de discriminación múltiple requieren de respuestas jurídicas nuevas y adaptadas a los colectivos afectados³³. Esta máxima se puede

³² Los trabajadores migrantes pueden sufrir discriminaciones por motivos de raza o religión (real o supuesta), y ello junto al factor de ser inmigrantes. La protección de los intereses de los trabajadores empleados en el extranjero ha sido una preocupación constante para la OIT. Con ello se pretende solucionar los problemas derivados de la intensificación de los flujos migratorios, que han hecho que las sociedades sean más diversas. Ya en la Conferencia Internacional del Trabajo 2004 se incluyó la situación de los trabajadores migrantes como tema de discusión general. Vid. CRUSH, J. - RAMACHANDRAN, S., *Xenophobia, international migration and human development*, Human Development Research Paper, 2009/47, PNUD, 2009, p. 31.

³³ Desde la Unión Europea, se ha intentado dar respuesta a estos casos de discriminación múltiple. En este sentido, destaca la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Por su parte, 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, destinada a prohibir la discriminación basada en la religión o el credo, la edad, la discapacidad y la orientación sexual.

entender contemplada implícitamente en el propio Convenio núm. 111, dada la flexibilidad con la que se pronuncia sobre la no discriminación, de modo que ello permitiría la introducción de nuevos motivos de discriminación prohibidos en las legislaciones. No cabe duda que la ausencia de referencia a la discriminación múltiple en las legislaciones tiene efectos perjudiciales en términos de protección jurídica³⁴. Por ejemplo, los tribunales siguen dando preferencia en sus resoluciones a la evaluación de la discriminación desde la perspectiva de una sola causa discriminatoria y los procesos se desarrollan de forma genérica sin abordar en su integridad la complejidad de los conflictos jurídicos. Ciertamente, es preciso seguir avanzando en el reconocimiento de la discriminación múltiple y en su reflejo progresivo en la práctica jurisdiccional como mejor vía de protección contra la discriminación.

6. Supuestos típicos de discriminación múltiple en el ámbito del trabajo migrante

Efectivamente, la discriminación por razones de nacionalidad hacia los trabajadores migrantes suele concurrir con otras causas de discriminación. Muchas veces es difícil determinar si el acto discriminatorio se debe a la nacionalidad o si tiene su origen en otras razones, por ejemplo, por motivos raciales, étnicos, religiosos u otros rasgos visibles, o a una combinación de todos estos factores³⁵. De este modo, por ejemplo, la contratación o el despido de un trabajador migrante se puede basar en consideraciones de identidad étnica, lingüística o religiosa. Sin duda, la OIT en su defensa del principio de igualdad y no discriminación vela por la integración social frente a la asimilación como tendencia preactiva y como respuesta ante la diversidad social y al creciente multiculturalismo.

³⁴ La discriminación estructural por uno o varios motivos, tales como el sexo, la raza, el color, el origen étnico o la religión son, en muchos casos, situaciones prototípicas de exclusión social y explotación, debido a las formas de trabajo forzoso que generan situaciones de pobreza. Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., 2011, p. 8.

³⁵ La nacionalidad se muestra, pues, como un motivo de discriminación de los extranjeros al que se unen factores determinantes como la raza, el color de la piel o la religión, y ello debido a la existencia de un rechazo por falta de pertenencia al colectivo mayoritario. Vid. OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo*, op. cit., p. 34.

La nacionalidad sigue presentándose en las relaciones laborales como un motivo de discriminación³⁶. En este sentido, podemos citar a título de ejemplo la exclusión de un trabajador extranjero del comité de empresa por no ser ciudadano de un país del espacio económico europeo. Ciertamente, se trata de un claro ejemplo de discriminación por motivos de nacionalidad, que no tienen conexión con las funciones de los representantes de los trabajadores³⁷. Desde el punto de vista de la igualdad de trato, la OIT valora muy positivamente el desarrollo de sistemas de integración regional, que privilegian a los nacionalidades de los Estados miembros y extienden la igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores migrantes³⁸. A pesar de todo, estos sistemas siguen contemplando diferencias de trabajo respecto de los no nacionales de un estado miembro, ya que los gobiernos pueden limitar el acceso al trabajo a los extranjeros o restringir los cambios de empleo limitando los efectos de los permisos de trabajo. Se trata, pues, de restricciones en el empleo, ya que a pesar de los avances se trata de una materia que sigue formando parte de la potestad soberana de los Estados. Sin duda, a juicio de la OIT el modelo de promoción de la igualdad se encuentra en la Unión Europea, donde se reconoce la igualdad de trato incluso a nacionales de terceros países que residan de forma regular en el país de empleo.

Sin duda, otro factor ligado al trabajo de las personas migrantes es la discriminación por razones de raza o etnia. Esta discriminación racial viene igualmente ligada a otros factores, que padecen los miembros integrantes

³⁶ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 prohíbe estas prácticas discriminatorias. Aunque dicho precepto no aluda expresamente a la nacionalidad como motivo de discriminación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta de forma extensiva su protección incluyendo la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad. Ello se muestra especialmente importante en materia de protección social, lo cual impide que los trabajadores puedan ser privados de las prestaciones de la seguridad social en virtud de una nacionalidad extranjera. Vid. *Gaygusuz contra Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párrafo 42; *Koua Poirrez contra Francia*, sentencia de 30 de diciembre de 2003, párrafo 46.

³⁷ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., p. 38.

³⁸ La OIT considera que los sistemas de libre circulación y movilidad laboral son una vía futura de fomento de la igualdad en zonas de integración regional, como África, Asia y América Latina, pudiendo dichos sistemas de integración impulsar la libre circulación migratoria con el paso del tiempo.

de comunidades o minorías culturales y lingüísticas, cuya identidad se funda en características religiosas, culturales o de ascendencia nacional³⁹. Este tipo de discriminación racial afecta especialmente a personas de color e indígenas, que padecen sus consecuencias en el empleo. Por ejemplo, las personas con ascendencia africana plenamente instalados en países de recepción siguen sufriendo discriminaciones en el empleo. Por ejemplo, en Europa los colectivos de raza negra o magrebíes siguen ocupando grandes cotas de desempleo y se encuentran en ocupaciones poco cualificadas con ingresos salariales muy bajos. En América Latina los trabajos informales o peor remunerados son ocupados generalmente por los colectivos indígenas⁴⁰ y, especialmente, es importante la brecha salarial existente, ya que reciben retribuciones inferiores o sus servicios prestados son totalmente abonados en especie.

En este sentido, es preciso indicar que con carácter general se asimilan prácticas discriminatorias indirectas, especialmente las diferencias salariales, por motivos de raza en los países industrializados⁴¹. Y el problema reside en la creación de estereotipos raciales. Estos estereotipos configuran ciertamente una discriminación que sobrepasa el fenómeno de la migración y configura una discriminación en el origen de la persona⁴². Según la OIT, la discriminación en el mercado de trabajo de personas de origen migrante se produce incluso en la segunda y tercera generación, como se desprenden del análisis de países europeos y de América del Norte⁴³. Sin duda, la OIT insiste en el reforzamiento de las medidas contra las prácticas discriminatorias por motivos de raza o etnia, ya que se considera la

³⁹ En este sentido, conviene indicar que cualquier discriminación que se ejerce contra un grupo étnico tiene la consideración de discriminación racial. Vid. OIT, *La igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con el Convenio núm. 111, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, Ginebra, 1996, párrafos 30 y 31.

⁴⁰ En el caso de los pueblos indígenas, la situación afecta a un gran colectivo, cercano al cinco por ciento de la población mundial, siendo especialmente relevante la situación en América Latina. El problema tiene efectos no sólo en el acceso al empleo sino también en las retribuciones.

⁴¹ En este sentido, se indica que este “fenómeno se produce en todas partes, independientemente de la situación socioeconómica de los países en que vivan”. Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, op. cit., p. 27.

⁴² Vid. CEDIEY, E. – MORONI, F., *Les Discriminations à raison de 'L'origine' dans les embauches en France*, OIT, Ginebra, 2007, p. 8.

⁴³ Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., p. 81.

peor forma de discriminación⁴⁴. En este sentido, Naciones Unidas adoptó la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. Este instrumento internacional, ampliamente ratificado, obliga a los Estados signatarios a prohibir cualquier discriminación basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico⁴⁵.

La discriminación por razón del origen social se basa en la pertenencia de una persona a una clase, categoría socioprofesional o casta, que condiciona su situación laboral o puede influir decisivamente en ella. Sin duda, en determinados supuestos la raza se presenta como un factor que puede limitar la empleabilidad o las posibilidades de promoción profesional, impidiendo desempeñar cargos o determinadas funciones cualificadas. Ciertamente, cada vez tiene menos proyección este tipo de discriminación en el empleo en los países desarrollados, aunque cuando se produce se aprecia de forma indirecta o involuntaria. Ello quiere decir que este tipo de prácticas discriminatorias no son exclusivamente propias de las sociedades donde existen estratos sociales rígidos, sino que se presenta asimismo en las sociedades abiertas y plurales, donde existe un mayor espacio para la igualdad de oportunidades. Sin duda, las medidas a favor de la diversidad son un instrumento esencial para atajar la discriminación y, por ello, muchas empresas están considerando como una ventaja la estrategia de diversificación de la plantilla. Ello puede repercutir desde el punto de vista competitivo y de oportunidad de negociación al exterior, siendo un aspecto positivo contar con una plantilla de trabajadores diversa, que sea visible al exterior. Esta configuración de las empresas puede facilitar su introducción en nuevos mercados de trabajo y, a su vez, es un factor positivo desde el punto de vista de la responsabilidad social de las empresas. Ello incluso

⁴⁴ Vid. PARTSCH, K.J., “Fundamental principles of human rights: self-determination, equality and non-discrimination”, en K. Vasak (Dir.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Unesco, París, 1982, p. 124.

⁴⁵ En relación a la discriminación por razón de raza y de origen étnico está presente la lucha contra el racismo. En este sentido, debemos destacar los trabajos de la Conferencia de Examen de Durban, que se celebró para completar las labores de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia organizada por las Naciones Unidas en 2001. Igualmente, puede consultarse. Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., pp. 93-94.

puede repercutir en la obtención de proyectos gubernamentales o de instituciones internacionales y pueden conseguir en el ámbito nacional beneficios específicos⁴⁶.

Ciertamente, las tensiones en las relaciones laborales generan tensiones sociales, cada vez más frecuentes, convirtiendo al trabajador migrante en una de las causas de la crisis del empleo, a pesar de ser un colectivo especialmente afectado en el ingreso al mercado de trabajo⁴⁷, así como por el desempleo. Asimismo, tampoco se tiene en cuenta la contribución de las personas migrantes al crecimiento y al desarrollo de los países donde trabajan, sin olvidar la percusión de las remesas enviadas a sus familiares a sus países de origen. De igual modo, la migración ha permitido rejuvenecer la población activa y ha permitido financiar el coste social de las pensiones. Ello implica la necesidad de avanzar en la integración de los trabajadores migrantes en el trabajo y en la sociedad, teniendo en cuenta el multiculturalismo en las políticas públicas. Ello es especialmente importante en materia de empleo o formación profesional, asegurando los principios de igualdad y no discriminación. Sin duda, dicho reconocimiento de la igualdad es la vía que permite asegurar una pacífica convivencia social, eludiendo los supuestos de acoso, violencia

⁴⁶ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., 2011, p. 44. En este sentido, podemos destacar el programa de 2009 relativo a las “cartas de la diversidad”, al que se han sumado países como Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Suecia, que intenta promover la diversidad en la fuerza de trabajo mediante la adhesión voluntaria a una de estas cartas por parte de las empresas, que se comprometen a promover y cumplir los principios fundamentales de igualdad y respeto del derecho de inclusión de todas las personas en el lugar de trabajo. Vid. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, Cartas de la Diversidad. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=915&langId=es>; e Instituto Europeo para la Gestión de la Diversidad, Carta de la Diversidad. Disponible en: <http://www.iegd.org/spanish800/diversidad.htm>, 9 de noviembre de 2010. Comisión Europea: *Diversity management in 2008: Research with the European Business Test Panel*, Bruselas, 2008, p. 4.

⁴⁷ Desde distintas ópticas, se ha subrayado el hándicap del acceso al empleo que sufren los trabajadores migrantes especialmente en tiempos de crisis económica. Vid. FAUNDEZ, J. “Racism and employment”, en *Dimensions of racism*, Nueva York - Ginebra, Naciones Unidas, 2005, p. 57. BENEDICK, J. Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States: empirical findings from situation testing, International Migration Papers núm. 12, OIT, Ginebra, 1996. CEDIEY, E. – FORONI, F., *Discrimination in access to employment on grounds of foreign origin in France: A national survey of discrimination based on the testing methodology of the ILO*. Documento sobre migraciones internacionales núm. 85E de la OIT, Ginebra, OIT, 2008, pp. 21-22. AA.VV., *A test for racial discrimination in recruitment practice in British cities*, WOODS, M. (Dir.), Departamento de Empleo y Jubilaciones, Research Report No. 607, 2009, p. 3.

y xenofobia, que afectan en muchos casos a los trabajadores migrantes, siendo éste un fenómeno con repercusión igualmente en el ámbito laboral⁴⁸. Asimismo, la promoción de la igualdad genera cohesión social y limita la pobreza al reducir la marginación y la exclusión social⁴⁹, que afecta igualmente a los países desarrollados⁵⁰. En este sentido, es preciso recordar que la ausencia de reconocimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades en sus países de origen es lo que impulsa, por ejemplo a los colectivos indígenas a emigrar al extranjero con el fin de encontrar un trabajo digno y equitativo.

Asimismo, otro de los factores de conflictividad, que genera discriminación en el trabajo de las personas migrantes es el credo religioso y mucho más la práctica de la religión en los lugares de trabajo. La discriminación por motivos de religión, real o incluso aparente, es un fenómeno que muchas veces está ligado a la condición migrante del trabajador. Ello se debe incluso a su origen cultural diverso, e igualmente su proyección es irremediable en el ámbito laboral, afectando tanto al empleo como a la ocupación. En concreto, es especialmente importante la garantía del derecho a no revelar la religión que se profesa, ya que ello forma parte del derecho a no ser discriminado por razones religiosas. Por tanto, las empresas no pueden obligar a los trabajadores migrantes a exteriorizar su credo religioso, ya que ello podría afectarles negati-

⁴⁸ Vid. CRUSH, J. – RAMACHANDRAN, S., *Xenophobia, international migration and human development*, op. cit., p. 31.

⁴⁹ Hasta el punto que podemos cuestionarnos si racismo y pobreza no forman en realidad un binomio indisoluble. Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, op. cit., p. 27. Ello genera supuestos de discriminación racial o étnica en colectivos pobres, lo que supone la persistencia de tratamientos en régimen de desigualdad incorporados socialmente. Estas prácticas implican bajos niveles educativos y barreras insalvables a la promoción profesional y al acceso al trabajo cualificado, creando ámbitos de segregación social y colectivos en situaciones de inferioridad. Vid. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR): Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD /C/RUS/CO /19, agosto de 2008, págs. 5 y 6.

⁵⁰ Por ejemplo, en Europa, podemos destacar la situación del pueblo romaní, pueblo migrante por naturaleza y principal minoría étnica en el continente. Este grupo étnico sufre directamente el problema de la discriminación racial. Se trata de una minoría que se enfrenta a factores de exclusión social y pobreza. En muchos casos se encuentran excluidos del trabajo formal u ocupan trabajos que no precisan cualificación debido al déficit de formación o a su bajo nivel educativo, hasta el punto de que se desconocen datos oficiales sobre su situación laboral real, ya que en muchos no están siquiera documentados. Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., p. 37.

vamente en el acceso al empleo o en la propia dinámica de la relación laboral. Sin duda, el conocimiento de la religión profesada puede incidir en la promoción profesional, mejoras salariales, movilidades funcionales u otros aspectos relativos a las condiciones de empleo y ocupación. Con todo, la igualdad de trato está indisolublemente relacionada con la libertad religiosa. En este sentido, la OIT insiste en la necesidad de promover en el ámbito de la ocupación la existencia de normas jurídicas específicas que protejan la práctica de las creencias religiosas en los lugares de trabajo⁵¹.

En este sentido, sería importante que las empresas facilitasen, si la organización del trabajo lo permite, acomodar las prácticas y creencias religiosas al desarrollo de la actividad productiva. Evidentemente, existen determinadas manifestaciones del factor religioso que necesariamente necesitan una respuesta desde la perspectiva de la propia gestión empresarial, por ejemplo, la observancia de restricciones alimenticias para diversas confesiones religiosas, calendarios de días festivos religiosos negociados colectivamente, descansos semanales, pausas intrajornada, tipos de vestimentas religiosas, etc. Se trata, pues, de pautas que tienen que ir siendo asimiladas en la gestión empresarial a efectos de organizar lugares de trabajo heterogéneos. Y entre estas medidas figura la concesión de facilidades para dichas prácticas, por ejemplo, la concesión de descansos para la oración o licencias para llevar determinadas prendas religiosas en el trabajo. En estos ámbitos de tolerancia y de inclusión sería conveniente que los propios trabajadores informasen a sus empresarios de sus prácticas religiosas al inicio de la relación de trabajo para poder organizar el trabajo adecuadamente y, en su caso, conciliar obligaciones laborales con el ejercicio de prácticas religiosas.

Igualmente, debemos referirnos a la discriminación por razón de sexo, que presenta problemas específicos que confluyen en muchos casos con la condición migrante de las trabajadoras. En este sentido, no debemos olvidar que existe un importante aumento de la feminización en los flujos migratorios, ya que al alrededor del cincuenta por ciento

⁵¹ Vid. OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 75ª reunión, Ginebra, 1988, párrafo 57. Comisión de Igualdad y Derechos Humanos, "What equality law means for you as an employer: Managing workers", vol. 5 de 7, julio de 2010, p. 22.

de las personas migrantes son mujeres⁵². Los instrumentos internacionales reconocen la garantía de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluido en materia de empleo, trabajo y retribución. Las trabajadoras migrantes prestan servicios en sectores como el servicio doméstico⁵³ y la atención a las personas dependientes, que tienen un menor grado de protección o, incluso, éstos servicios se desarrollan en el ámbito del trabajo no declarado y la economía informal⁵⁴. Frente a los trabajadores migrantes, las trabajadoras padecen una doble carga, esto es, ser mujer y además migrante, circunstancia que las hace mucho más vulnerables. Los trabajadores migrantes pueden desarrollar ocupaciones de diversos sectores económicos, a diferencia de las mujeres que generalmente trabajan en actividades con una gran presencia femenina. Especialmente importante es el tema de la brecha salarial. En este punto, según los estudios nacionales promovidos por la OIT en la aplicación del Convenio número 100, se señalan las importantes diferencias salariales existentes entre las mujeres y los hombres migrantes, con independencia de su situación jurídica⁵⁵. Sin duda, una vez más, la OIT insiste en destacar como modelo de cobertura en los procesos de integración el conjunto de ambiciosas Directivas específicas adoptadas por la Unión Europea⁵⁶, que han permitido enfatizar

⁵² Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., pp. 26-28. MORENO-FONTES, C. "The Feminization of International Migration" in *Labour Education Review* N.º 129, 2002/04, OIT, Ginebra, 2002. En materia de migración existe una manifestación especial de la dimensión del género y ello da lugar a respuestas jurídicas especiales como la protección social de las mujeres. Vid. OIT, *Trabajadoras y trabajadores migrantes: hacia una igualdad de derechos y oportunidades*, Ginebra, 2008., p. 2.

⁵³ Por su parte, el trabajo doméstico se muestra como un frente de lucha especial contra la discriminación múltiple, ya que junto al sexo en muchos casos la desigualdad radica en motivos étnicos o de extranjería. Este tipo de trabajo lo desarrollan generalmente mujeres (sobre todo mujeres jóvenes o mayores migrantes y sin estudios) y su demanda es muy elevada, especialmente en países desarrollados. El trabajo doméstico es una modalidad de trabajo precario debido a su conexión con el trabajo informal. Incluso se ha destacado la relación del trabajo informal con el trabajo a domicilio con el calificativo de "trabajo invisible", ya que no se encuentra justamente valorado y no está protegido suficientemente en relación a la Seguridad Social. En este sentido, generalmente las legislaciones laborales de los Estados suelen contemplar un régimen jurídico especial y diferenciado para estos colectivos.

⁵⁴ Vid. OIT, *Women, gender and the informal economy: A Statistical Picture*, Sector Empleo, Ginebra, 2002.

⁵⁵ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., pp. 50 y 85. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La OIT y los trabajadores migrantes", loc. cit., pp. 551-552.

⁵⁶ Especialmente importante en este punto es la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y

la tutela de la igualdad, así como la importante labor realizada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las múltiples formas de discriminación afectan especialmente a las mujeres en el empleo y la ocupación⁵⁷. Junto a los motivos de nacionalidad, podemos destacar la situación de las mujeres indígenas o de minorías sociales que se encuentran excluidas del acceso al empleo, así como otros supuestos de discriminación ligados a motivos raciales, culturales y religiosos. En todos estos casos, los problemas son de identidad y de pertenencia de la mujer trabajadora a un colectivo social con graves problemas de acceso al mercado de trabajo. Igualmente, y en atención a la circunstancia personal de la mujer trabajadora, tiene especial proyección la discriminación por motivos de edad (especialmente trabajadoras jóvenes o maduras), por discapacidad o por apariencia de física (por ejemplo, por motivos de obesidad)⁵⁸ o debido a un concreto estilo de vida. Asimismo, conviene indicar que actualmente la OIT está especialmente preocupada por los casos extremos de abuso de las trabajadoras migrantes en los traslados de mano de obra femenina desde los países de origen. Se trata de trabajos desarrollados en condiciones de servidumbre organizados a instancias del comercio sexual⁵⁹.

del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Dichas directivas fueron posteriormente derogadas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que viene a refundir la materia en un único instrumento normativo. Asimismo, conviene tener presente la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁵⁷ Vid. OIT, *Trabajadoras y trabajadores migrantes: hacia una igualdad de derechos y oportunidades*, op. cit., p. 3.

⁵⁸ Últimamente ha cobrado especial relevancia la discriminación por razón de la apariencia física. Por ejemplo, en EEUU la discriminación por motivos de imagen (peso/estatura) afecta especialmente a las mujeres en el ámbito laboral y son comparables a la discriminación por motivos de raza, edad o sexo. Incluso en países como Francia o Bélgica se han aprobado disposiciones específicas sobre este tipo de discriminaciones. Vid. PUHL, R.M. - ANDREYEVA, T. - BROWNELL, K.D., "Perceptions of weight discrimination: Prevalence and comparison to race and gender discrimination in America", *International Journal of Obesity*, núm. 32, 2008, pp. 992-1000. ROOTH, D. *Evidence of unequal treatment in hiring against obese applicants: A field experiment*, Institute for the Study of Labor, mayo de 2007.

⁵⁹ Vid. OIT, *Multilateral Framework on Labour Migration. Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, TM-MFLM/2005/1(Rev.), International Labour Office, Ginebra, p. 94.

7. La aplicación del principio de igualdad y no discriminación como presupuesto necesario del trabajo decente

La mejor manera de hacer efectivo el trabajo decente es la garantía del principio de igualdad y no discriminación. El objetivo no es otro que luchar por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables, que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Sin duda, este es el mejor modo de reducir la exclusión social y la pobreza, que generan nuevas formas de desigualdad⁶⁰. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona⁶¹. Ello implica, ciertamente, la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda, que al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente⁶².

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza⁶³. No cabe duda que la pobreza y la exclusión social están igualmente presentes en el mercado de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo⁶⁴. Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las

⁶⁰ Vid. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECO SOC), julio de 1997. OIT: *Herramienta para la igualdad de género*, disponible en la página web de la Oficina de la OIT para la Igualdad de Género.

⁶¹ Vid. HEPPLÉ, B., *Equality: The New Legal Framework*, Hart Publishing, 2011, p. 27.

⁶² En este sentido, es preciso subrayar que la desigualdad por motivos de género no se limita al trabajo y al empleo, sino que afecta a todos los aspectos de la vida social y a las estructuras socioeconómicas. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. - RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., "The principle of equality in the labour market: reflections on the spanish model", *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, (Coord. Nikolaos Alvizatos), Ed. BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant, Atenas, 2004, pp. 527-528.

⁶³ En relación a la conexión entre pobreza y trabajo decente. Vid. ALKIRE, S. - SANTOS, M.E., *Acute multidisciplinary poverty: A new index for developing countries*, OPHI Working Paper No. 38, Oxford, OPHI, julio de 2010, p. 127. OIT, *Superar la pobreza mediante el trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 91ª reunión, Ginebra, 2003, p. 38.

⁶⁴ Vid. OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo*, *op. cit.*, p. 100.

migraciones laborales se han intensificado y las sociedades nacionales están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad dependen de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

Sin duda, un impulso importante a la protección de los trabajadores migrantes se realizó en 2007 con adopción del Marco multilateral de la OIT para la migración laboral. Este nuevo marco de actuación hace especial énfasis en la discriminación que sufren los trabajadores migrantes y se solicita la promoción de sus derechos desde la perspectiva de los derechos humanos. Ciertamente, ello supuso un importante paso adelante, enfocando la migración desde un tratamiento basado en los derechos. Esta nueva perspectiva basada en la protección mediante derechos intenta ofrecer un tratamiento justo al colectivo de trabajadores migrantes en el mundo e intenta promover la adopción de normas jurídicas que puedan impulsar políticas y prácticas en beneficio de la igualdad de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores migrantes.

Este nuevo tratamiento de las migraciones laborales implica necesariamente la necesidad de dar una respuesta adecuada a la denominada migración irregular (no ilegal)⁶⁵, que es el término generalmente aceptado por la OIT y que se proyecta sobre el trabajo clandestino que desarrollan personas cuya situación de extranjería en el país de empleo no se encuentra formalmente regularizada. Sin duda, se trata de un gran problema social, ya que se estima que alrededor de un quince por ciento de los trabajadores migrantes se encuentra en situación irregular⁶⁶. En muchos casos, se trata de situaciones evidentes y estructuralmente implantadas, que las autoridades laborales toleran y que se desarrollan en el ámbito de la economía informal. Ciertamente, en la actualidad en la normativa específica de la

⁶⁵ La expresión de migración ilegal es un término negativo y muchas veces injusto, ya que muchos migrantes entran en el país de acogida con documentación válida, pero posteriormente se convierten en irregulares de forma sobrevenida. La Comisión de Expertos ha interpretado que la igualdad de trato afecta igualmente a los migrantes irregulares que son comparados en la medida de lo posible con los migrantes en situación regular. De este modo se permite que los trabajadores migrantes irregulares reciban igualmente protección respecto de los derechos derivado del trabajo efectivamente prestado. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, loc. cit., apartados 302 y 303.

⁶⁶ Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., pp. 31-36. JANDAL, M., "The estimation of illegal migration in Europe", en *Migration Studies*, vol. 41, núm. 153, Mar. 2004, pp. 141-55.

OIT existe un vacío de protección en relación a los trabajadores migrantes temporales y a los migrantes que prestan servicios en situación irregular. Los Estados tienden generalmente a garantizar formalmente a los trabajadores migrantes regulares o irregulares una igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a la remuneración, límites de tiempo de trabajo y descansos. Efectivamente, la OIT recomienda el desarrollo de estas prácticas nacionales con el fin ayudar al desarrollo de procesos migratorios justos y equitativos desde el punto de vista del trabajo decente⁶⁷.

Evidentemente, los programas actuales de migración laboral temporal desarrollados por los Estados no dan respuesta a la demanda permanente de trabajadores migrantes e impiden con carácter general que los trabajadores migrantes se puedan afincar definitivamente en el país de empleo. Sin duda, estos programas de migración temporal y circular deberían respetar el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales. Especialmente, la migración irregular no es solamente una cuestión de orden público, sino que supone la necesidad de implementar vías alternativas de regulación que tengan en cuenta la realidad de las relaciones jurídico privadas existentes. Sin duda, las políticas de regularización pueden ser una vía de fomento del trabajo decente, evitando situaciones de abuso y explotación. Asimismo, pueden reducir el margen de acción de las prácticas discriminatorias, sin olvidar, su importante repercusión en la reducción de la economía informal y la declaración del trabajo asalariado que es una fuente de ingresos para la Seguridad Social por la vía de las cotizaciones sociales⁶⁸.

⁶⁷ Asimismo, es preciso destacar las acciones de la OIT dirigidas a la promoción del trabajo decente por países, que han incluido la igualdad como objetivo esencial para el logro de condiciones laborales dignas. Actualmente, los programas de la OIT sobre trabajo decente e igualdad de género han reforzado progresivamente en los últimos años la inclusión de la perspectiva de las migraciones. Uno de los objetivos esenciales de los programas es el desarrollo e intercambio de conocimientos y experiencias en relación a la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. Dichos programas se configuran igualmente como planes de acción dirigidos a armonizar las legislaciones nacionales a los convenios de la OIT, salvando los problemas existentes relativos a la aplicación del principio de no discriminación en el trabajo. Sin duda, en este contexto cobra especial importancia la vigilancia de la OIT del nivel de seguimiento de los convenios internacionales, especialmente por medio de los órganos de seguimiento de los tratados internacionales, así como por los propios mecanismos especiales existentes en Naciones Unidas sobre la observancia de las prácticas nacionales derivadas de los tratados internacionales.

⁶⁸ En este sentido, conviene recordar la proyección de la regularización de trabajadores migrantes en época de bonanza, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. Vid.

Se trataría, en definitiva, de un mecanismo que asegura el aumento de la protección y evita la no discriminación, reconociendo situaciones de igualdad de derechos.

8. Programas de acción de la OIT para la promoción de la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación

En los últimos años la promoción de la igualdad como clave de la consecución del trabajo decente se ha convertido en una prioridad en las políticas y programas de acción promovidos por la Organización Internacional del Trabajo. En este sentido, debemos recordar la transversalidad de la igualdad, lo que implica ciertamente la adopción de un conjunto de medidas, políticas y actuaciones en diferentes ámbitos de los trabajadores migrantes, como el acceso al empleo, la formación académica y profesional, la promoción profesional, las condiciones de trabajo y las medidas de protección social. Ello significa que el objetivo de la igualdad en materia de trabajadores migrantes tiene carácter expansivo en las acciones de la OIT y, por supuesto, en las políticas sociales de los Estados miembros, que tendrán que velar por impulsar el cumplimiento de la igualdad y no discriminación en aplicación de los Convenios de la OIT en la materia.

En relación a los programas de la OIT sobre las migraciones internacionales es preciso destacar la acción del programa MIGRANT, que impulsa los principios y directrices contemplados en el Marco multilateral no vinculante para las migraciones. Este programa sobre migraciones internacionales se articula en base a una unidad de gestión responsable de las migraciones laborales en el ámbito internacional. La OIT presta servicios de asesoramiento a los estados miembros, promueve la elaboración de normas internacionales, fomenta el foro tripartito de consulta y diálogo social, elabora informes y estudios especializados y suministra asistencia técnica. En este sentido, el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (NORMES), tiene entre sus prioridades

Consejo de Europa, 2007. *Regularisation Programmes for Irregular Migrants*, Doc. 11350, Asamblea Parlamentaria, Bruselas. Véase: <http://assembly.coe.int> [último acceso 5 de diciembre de 2008].

la promoción y aplicación efectiva de los convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes, y especialmente en materia de igualdad de trato y no discriminación, recayendo especialmente su acción en el seguimiento de los convenios núms. 97, 100, 111 y 143. Asimismo, con carácter general, debemos destacar la proyección del Programa InFocus sobre la promoción de la Declaración de la OIT de 1998 (DECLARATION), que intenta promover políticas nacionales de protección de los flujos migratorios, excluyendo el trabajo forzoso y la trata de seres humanos.

Ciertamente, la promoción de la igualdad implica un cambio del modelo de gobernanza de la migración sobre la base de la protección de los trabajadores migrantes, configurando un marco estable de ordenación de las migraciones que soporte los cambios de ciclo económico⁶⁹. Ciertamente, a través de los convenios específicos y generales la OIT se han adoptado reglas que permiten orientar las políticas nacionales migratorias a fin de tutelar a los trabajadores migrantes⁷⁰. Con todo, existe en la práctica una relación conflictiva entre las políticas soberanas de los Estados relativas a la organización del mercado de trabajo y los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes⁷¹. A pesar de ello, no podemos obviar la propia evolución de los sistemas normativos nacionales, que contemplan nuevas medidas que intentar evitar la segregación profesional y las diferencias en el empleo y la ocupación. Con todo, la OIT sigue contemplando en sus programas de actuación el objetivo de conseguir que el derecho fundamental de no discriminación en el empleo y la ocupación se convierta en un principio rector de las políticas legislativas de los Estados, así como criterio informador de la práctica administrativa como medio para conseguir una sociedad más justas.

⁶⁹ En este sentido, un factor derivado de la crisis es la rebaja de los cupos de trabajadores inmigrantes por parte de los Estados. Por ejemplo, podemos destacar en los últimos años el caso del Reino Unido o Irlanda, que han restringido las condiciones de acceso al mercado laboral de trabajadores de otros Estados que no pertenecen a la Unión Europea. Asimismo, la OIT ha registrado prácticas estatales dirigidas a la limitar la migración laboral, mediante la previsión de nuevos requisitos para expulsar a trabajadores migrantes (Malasia o Singapur).

⁷⁰ Vid. OIT, *An Information Guide: Preventing Discrimination, Exploitation and Abuse of Women Migrant Workers*, Folleto 4 “Working and Living Abroad”, Ginebra, 2004, p. 11. OIT, *Alianza Global contra el Trabajo Forzoso*. *op. cit.*, p. 15.

⁷¹ Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, *loc. cit.*, apartado 24.

Asimismo, la OIT insiste en subrayar que la promoción de la igualdad y la no discriminación de los trabajadores no es una labor exclusiva de los Estados⁷², sino que es especialmente importante el diálogo social tripartito, en el que gobiernos, sindicatos y empleadores promuevan la defensa de los trabajadores migrantes⁷³. Este enfoque tripartito de la migración se encuentra igualmente contemplado en el convenio núm. 143 de la OIT (arts. 2.2, 4, 7, 12.e y 14.b), que contempla la consulta a las organizaciones de trabajadores y empresario como elemento clave. Se insiste, pues, en el fortalecimiento del diálogo social como consecuencia directa de la participación de los agentes sociales en las políticas sociales y como un claro ejemplo de fortalecimiento de la democracia social. Sin duda, la negociación colectiva es un instrumento central y se convierte en un medio para conseguir mejoras en pro de la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Ciertamente, es preciso avanzar en la negociación colectiva de la igualdad debido a la ausencia en muchos casos de cláusulas de igualdad o cuando existen debido a su carácter ciertamente limitado y de contenido excesivamente genérico.

⁷² Sin duda, la promoción de condiciones de igualdad en el trabajo es una responsabilidad primordial de los Estados, cuyas políticas legislativas y prácticas administrativas tienen que estar orientadas a este objetivo. Sin embargo, el papel de los agentes sociales por la vía del diálogo social y el entendimiento de los sujetos de las relaciones laborales por medio de la negociación colectiva es decisivo a los efectos de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad. La OIT ha venido apostando tradicionalmente por el diálogo social como instrumento clave para conseguir la paridad en el trabajo, potenciando la defensa de la igualdad con los agentes sociales desde un punto vista internacional.

⁷³ Vid. OIT, “Marco tripartito de la OIT: llamando a los gobiernos, sindicatos y a los empleadores a defender y proteger a los trabajadores migrantes”, Ginebra, 2005, p. 7. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., pp. 108-109.



LAS MIGRACIONES Y LA ROBOTIZACIÓN

DR. CARLOS SAINZ MUÑOZ

Venezuela

Salutación y agradecimiento

Es un honor para un modesto iuslaboralista y Prof. UCV. Caracas de la República Bolivariana de Venezuela ser invitado en participar en el **V Congreso iberoamericano y Europeo sobre derecho del Trabajo y la seguridad Social** y un agradecimiento en especial a todas las Universidad en y organismos académicos que han hecho posible este V Congreso y en especial a la **ilustre Universidad de Alcalá de Henares** y a todas las organizaciones académicas y a los distinguidos organizadores ,Ponentes y a los participantes en este Magno evento que es referencia válida ante la denominada la cuarta revolución industrial referida a la utilización de Robot y de la inteligencia artificial los cambios drásticos en la modificación de los sistemas de producción en las empresas, produciendo más a menos costes y la indetenible robotización que no es más que sustituir el trabajo humano creando desempleo o trabajos precarios y pagando salarios bajos, estos cambios están generando un futuro incierto por luna crisis que está atravesando el Derecho del trabajo y la Seguridad Social que tanta miseria inmerecida esta causando a la clase trabajadora en la América Morena.

Motivación de nuestra Ponencia

Hemos seleccionado un tema de tanta actualidad y de consecuencias que agravan mas una trilogía de factores que no han podido ser controlados, superados o al menos someter a soluciones que están afectando las relaciones del trabajo a nivel mundial independiente que se trate de países desarrollados como a los que están en vías de de superar, todavía la crisis creando tanta miseria inmerecida que afecta a la mayoría de los países producto de la “ famosas hipotecas basuras” que llevaron a la crisis a millones de trabajadores y trabajadores a engrosar la legión del desempleo que un problema mundial, donde organismo la como la OIT, ONU, CELAC, UE han manifestado su preocupación por el flagelo del desempleo agravado por una seria de cambios en los sistemas de las producción y la influencia en las relaciones laborales y la implantación de la robotización y las migraciones en las influencias en el mercado de trabajo. La OIT en la persona de su directos general Guy Raysder que “ para combatir la pobreza su aliado son s puestos de trabajo digno y salarios suficientes”.

Algunas referencias insertas en la presente Ponencia

La robotización el gran desafío

Este tema central de nuestra modesta Ponencia realidad que constituye para este fenómeno que esta transitando unos efectos que son indetenibles y en síntesis es la sustitución del trabajo humano por la inteligencia artificial y la robotización que está poniendo a prueba las relaciones laborales para algunos es factor de desempleo y para otros generara nuevos empleos. Esa temática es nuestra orienta de esta modesta ponencia La automatización del mundo es imparable y genera un gran debate social entre sociólogos, economistas y críticos de Internet. Se preguntan si la industria 4.0 creará empleo al mismo ritmo que lo destruye, qué pasará con profesiones de cuello blanco como médico o abogado y si será necesario crear una renta básica para todos los ciudadanos. Extravoz Red

Refugiados migraciones y la Unión Europea.

Es pertinentes el análisis en los términos mas prácticos de esta ponencia sobre las migraciones la Unión Europea trabaja en un nuevo plan para reubicar al menos a 50.000 refugiados y confía en ayudar a

más solicitantes de asilo del norte de África a encontrar nuevos hogares en Europa ¿La Comisión Europea dijo haber reservado 500 millones de euros (587 millones de dólares) para el plan”. La ejecutiva europea quiere centrarse en refugiados de Libia, Egipto. Africa Subsahariana. Pero nuestra modesta opinión esta en razón de lograr un movimiento mundial por los Organismo como la ONU, OIT, Cruz Roja etc. para establecer planes a corto y mediano plazo para que en los países de donde vienen la mayoría de los migrantes buscando mejores calidad de vida se realicen planes como el famoso “ Plan Marshall” pos II guerra mundial para los países que quedaron devastados por la guerra. Esta solución eliminaría las mafias que Extravoz Redilitan Comercian con el traslado de migrantes.

Las Migraciones ilegales y en especial de niños y niñas que sufren riesgo a su salud y hasta su propia vida ha sido un interés especial para esta Ponencia por la trascendencia que tienen. La violación de la convención de la ONU de los Derechos del Niño (CDN)

La situación de la gravedad de las migraciones ilegales (pero son humanos) y los riesgos de la niñez, bajo la Bandera de la Convención de los Derechos del Niño y de la solidaridad iniciar a nivel mundial una campaña de solidaridad con la niñez en situación de Riesgos impuestas encabezada por la Unicef la ONU , ACNUR, Roja, OIT, religiosos, gobiernos Sindicatos, Empresarios, Universidades y los organismos Internacionales OMG con poder de convocatoria Mundial que defienden causas justas sin discriminación que han logrado avances en la defensa de los DDHH que en muchas partes de nuestro planeta están siendo violados especialmente en zonas donde han causado las migraciones. Latinoamérica sabemos que dirán presente (Unasur, Celac)

Recordemos que Mexico fue solidario en 1939 recibió 480 niños de la Guerra Civil a niños niñas llamados los niños en Morelos).La mayoría de los países a que integran la UE han ratificado la convención internacional de los Derechos del niños, Niñas adolescentes y por lo tanto tienen la obligación de apoyar a la niñez , defenderlos , asistirlos la UE debería demostrar asi espíritu, propósito y razón de dar una muestra ante las draconianas condiciones impuestas a migrantes antela masiva recepción al pueblo Griego, Italia, Inglaterra y Alemania.

Los Niní los jóvenes la educación y desempleo.

Esta es un fenómeno que se esta presentando con visos de permanencia y los que es mas graves incrementa consecuencia sociales que se centraliza y esta relacionado con los adolescentes y jóvenes que en síntesis ni estudian ni trabajan y por vía de expansión está creando en paralelo con un desempleo juvenil que ya ha sido preocupación tanto para la OIT y en la Asamblea de la OIT de Julio de este año. y es un aliado del desempleo a nivel mundiales por su Secretario General Gay Rayder señalo que esta situación debe ser analizada bajo el tripartimos de la OIT de los Gobiernos, Empleadores y los trabajadores. Extravoz Red

1. Referencias y tendencias sistemas de producción

Y sus influencias en las relaciones laborales. En este capítulo vamos a desarrollar los nuevos sistemas de producción En Sistemas de la verticalidad y la horentalización de las relaciones laborales representan los distintos sistemas de producción que va incorporándose. En este capítulo vamos a a analizar que está incidiendo Modificación la Individualización de las relaciones laborales en este acto de naturaleza practica se ha produce un cambio que esta preocupando tanto a los trabajadores como a los nuevos jóvenes que acceden al mercado laboral y se enfrenta al mercado a régimen a la nueva realidad que no les da oportunidad de empleo.

Los sistema de la verticalidad y la horenzabilidad laborales.

El sistema como expresión de la verticalidad de la nueva realidad de las relaciones laborales en el ámbito de los jóvenes que acceden al mercado de trabajo. Este sistema de la verticalidad también se puede denominar el sistema tradicional. Que se puede precisar en la realidad practica que se materializaba en que un joven a los 18 años se incorporaba al mercado de trabajo que se caracterizaba que iba acumulando años de prestación de su servicio en la empresa, adquiriendo experiencia y ascendiendo de acuerdo sus capacidades y aptitudes lo que significaba que hacia carrera en la empresa hasta que llegaba a la edad de jubilación. es de las trabajadoras , a los 55 años y los trabajadores a los 60 años en

que se finalizaba una larga antigüedad en el empleo **en este sistema de la verticalidad** tendencia actual que el empleo a veces pasaba de padres a hijos. Esto hoy en día es más bien una excepción en algunos convenios colectivos de trabajo se han establecido cláusulas de preferencia para ingreso de los hijos o hijas de los trabajadores.-

Debemos aclarar que en la **administración pública los funcionarios de carrera tienen estabilidad absoluta salvo por supuesto que den causa justificada de despido, esto es bastante común en el derecho comparado** como la mayoría de los países de la Unión Europea. Pero ya esta modalidad de una relación laboral por este sistema tradicional ha sido pasto incesante por las modificaciones que la tecnología de punta, desde la primera relación laboral de la máquina de vapor y la división científica del trabajo donde por ejemplo en Inglaterra en las Hilandería de Mercado y la implantación de las máquinas reduciendo a miles de trabajadoras y trabajadoras que hicieron protestas y tratando de ir contra de las máquinas.

Posteriormente se empleó **la cadena de montaje con la mecanización** fue como una segunda revolución industrial, posteriormente hemos presentado la tecnología de punta con la cibernética que redujo la oportunidad de empleo por ejemplo en el transporte aéreo y las organizaciones financieras sistemas de atención al público ha sido sustituido mediante reducción drástica de personal creando desempleo. Todo lo que hemos comentado y que ha hecho crisis el viejo sistema de la verticalidad o tradicional y por ello ha afectado a crear un desempleo juvenil que está siendo objeto de preocupación de la OIT, Los sindicatos y otros organismos que tienen que ver con las relaciones individuales de trabajo. Puede estar en el mismo domicilio del trabajador o la trabajadora.

Sistema de la horizontabilidad de contratación de personal.

Constituye la modalidad de aplicación de la globalización, las cibernética, computación y su aplicación en la producción hasta la prestación de una actividad laboral es a distancia o lo que es lo mismo que el sitio de trabajo puede estar en el mismo domicilio del trabajador o la trabajadora o en distintas empresas que contratan flexibilizando por empleos precarios o a tiempo determinado con trabajos a bajos salario creando desempleo especialmente en los jóvenes y mujeres. La OIT ha criticado esta modalidad por ser contraria a la justicia social.

En el Modelo Japonés del Just in Time (o justo a tiempo).

Una de las empresas más importantes de la industria automovilista como es la TOYOTAS Esta es una referencia de cómo las relaciones laborales han sido implementada por esa industria en sus relaciones de producción y por ende en las relaciones laborales desde hace cuarenta años y consiste en un innovador y revolucionario sistema en la producción de los automóviles que según es sistema es sencillo denominada :el “ just in time” cuya traducción literal “ es justo a tiempo “es de un concepto sencillo pero muy eficaz en materia de producción suponía que la empresa Toyota solo “ realizaría modelos bajo demanda, es decir produciría los coches que vendía bajo encargo..” y las consecuencias de este sistema para la empresa un ahorro al mismo sus stock, reduciendo el riesgo de almacenar producto que no vendían .y los costos económicos-“

El Toyotismo: que hemos señalado se ha convertido en un nuevo modelo de producción industrial por otras industrias “que antes de ser adoptado “ puso en jaque que un modelo de producción al poderoso entramado industrial Norte Americano y europeo. Hoy se considera un modelo de producción para automóviles y otros productos que son encargados antes de ser producidos” es notorio la reducción de costos para las industrias que adopten este sistema .(J.M. Martín Carretero Economista, 20Minutos marzo 2017) de producción ”Siguiendo al Mencionado autor señala “ el conocimiento inmediato de la demanda real es lo que define los niveles de producción.” Y esto lo afirma en relaciones a las empresas sus programas de Software que ya no producen físicamente si no los mantienen en internet esperando que sean descargados por los usuarios que han comprado por una clave el coste de almacenamiento se ha reducido al mínimo y por ende la reducción de los empleos.

El sistema vertical de la contratación de personal.

Es utópico pensar unas relaciones laborales basadas en la identificación de los trabajadores y trabajadoras a las empresas y el hacer carrera dentro de la misma y como lo señalábamos antes en los sistemas de la verticalidad que como ya lo mencionábamos en la aspiración de enganchar a los 18 años y seguir creciendo y consolidando con la llegada a la finalización a la edad de la jubilación en una vinculación con la misma empresa como era el caso de la relación laboral vertical ya e pertenece al pasado.

La tercerización: Empresa Aparente es un fenómeno de tienen una ecuación tripartita que de relaciona con una modalidad del fraccionamiento de la producción de las empresas de los elementos integrantes y diversificándola unidad de la fabricación o de servicios fraccionando estos en múltiples nuevos prestadores de fabricación por ej. Una fábrica de automóviles con una unidad y al revés divide partes tales como los sistema eléctricos, los asientos, los cauchos y rines , los motores, vidrios cada uno de estas partes son realizadas por empresas o fabricantes diferentes la empresa llamemos la Empresa Básico, y se encuentra con una relación diversificada es notorio que esta modalidad no es nueva pero las consecuencias para las relaciones laborales, empleo, calidad de vida y seguridad social son realmente negativas para la clase trabajadora y esto es expresión de la nueva tendencia económica de las empresas de reducidas consto, empleos y obligaciones con los trabajadores(as) y el desempleo y empleos precarios y subsecuentes efectos. La mejor conceptualización de la tercerización. Es la simulación o fraude cometido por empresas con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizarla aplicación de la legislación laboral. Nosotros la denominamos la **empresa aparente**.

Los Niní los jóvenes la educación y desempleo.

Esta es una situación que se esta presentando con visos de permanencia y los que es mas grave incrementa este fenómeno social que se centraliza y esta relacionado con los adolescentes y jóvenes que en síntesis ni estudian ni trabajan y por esta vía de excepción está creando paralelo con un desempleo juvenil que ya ha sido preocupación tanto para la OIT y en la Asamblea de la OIT de Julio de este año y es un aliado del desempleo a nivel mundial por su Secretario general Gay Líder señalo que esta situación debe ser analizada bajo el tripartimos de la OIT de los Gobiernos, Empleadores y los trabajadores. Ya que esta constituyendo un aliado del flagelo del desempleo.

El sistema de la verticalidad y la horizontabilidad laborales.

El sistema como ya lo hemos comentado up supra. de la verticalidad de la nueva realidad de las relaciones laborales en el ámbito de los jóvenes que acceden al mercado de trabajo. Este sistema de la verticalidad también se puede denominar el sistema tradicional. Que se puede

precisar en la realidad practica que se materializaba en que un joven a los 18 años se incorporaba al mercado de trabajo que se caracterizaba que iba acumulando años de prestación de su servicio en la empresa, adquiriendo experiencia y ascendiendo de acuerdo sus capacidades y aptitudes lo que significaba que hacia carrera en la empresa hasta que llegaba a la edad de jubilación.es de las trabajadoras , a los 55 años y los trabajadores a los 60 años en que se finalizaba una larga antigüedad en el empleo **en este sistema de la** verticalidad tendencia actual el empleo a veces pasaba de padres a hijos. Esto hoy en día es más bien una excepción en algunos convenciones colectivas de trabajo se han establecido clausulas de preferencia para ingreso de los hijos o hijas de los trabajadores.-

Debemos aclarar que en la administración pública los funcionarios de carrera tienen estabilidad absoluta salvo por supuesto que den causa justificada de despido, esto es bastante común en el derecho comparado como la mayoría de los países de la Unión Europea. Pero ya esta modalidad de una relación laboral por este sistema tradicional ha sido pasto incesante por las modificaciones que la tecnología de punta, desde la primera relación laboral de la máquina de vapor y la división científica del trabajo donde por ejemplo en Inglaterra en las Hilandería de Mercado y la implantación de las maquinas reduciendo a miles de trabajadoras y trabajadoras que hicieron protestas y huelgas.

Sistema dela horizontabilidad de contratación de personal.

Constituye la modalidad de aplicación las cibernética, computación y sus ap en de ha producido hasta la prestación de una actividad laboral es a distancia o lo que es lo mismo que el sitio de trabajar o puede estar en el mismo domicilio del trabajador o trabajadora o en distintas empresas que contratan flexibilizando por contratos precarios o a tiempo determinado con trabajos precarios y bajos salario creando desempleo especialmente en los jóvenes y mujeres. La OIT a criticado esta modalidad por ser contraria a la a las relaciones laborales que sean factor de progreso.l.

Un Modelo Japonese del Just in Time (o justo a tiempo).

Una de las empresas mas importantes de la industria automovilista como es la TOYOTAS Esta es una referencia de cómo las relaciones

laborales han sido implementada por esa industria en sus relaciones de producción y por ende en las relaciones laborales desde hace cuarenta años y consiste en un innovador y revolucionario en la producción de los automóviles que según es sistema es sencillo denominada :el “ just in time” cuya traducción literal “ es justo a tiempo “es de un concepto sencillo pero muy eficaz en materia de producción suponía que la empresa Toyota solo “ realizaría modelos bajo demanda, es decir produciría los coches que vendía bajo encargo..” y las consecuencias de este sistema para la empresa un ahorro al mínimo sus stock, reduciendo el riesgo de almacenar producto que no vendían .y los costos económicos-“

El Toyotismo: que hemos señalado se ha convertido en un nuevo modelo de producción industrial por otras industrias “que antes de ser adoptado “ puso en jaque un modelo de producción al poderoso entramado industrial Norte americano y europeo. Hoy se considera un modelo de producción para automóviles y otros productos que son encargados antes de ser producidos” es notorio la reducción de costos para las industria que adopten ese sistema .(J.M. Martín Carretero Economista, 20Minutos marzo 2017) de producción “Siguiendo al mencionado el autor señala “ el conocimiento inmediato de la demanda real es lo que se define los niveles de producción.” Y esto lo afirma en relaciones a las empresas de programas de Software que ya no producen físicamente si no los mantienen en internet esperando que sean descargados por los usuarios que han comprado por una clave el coste de almacenamiento se ha reducido al mínimo y por ende la reducción de los empleos.

El sistema vertical de la contratación de personal.

Es utópico pensar unas relaciones laborales basada en la identificación de los trabajadores y trabajadoras a las empresas y el hacer carrera dentro de la misma y como lo señalábamos en los sistemas de la verticalidad que como ya lo mencionábamos en la aspiración de enganchar a los 18 años y seguir creciendo y consolidando con la llegada a la finalización a la edad de la jubilación en una vinculación con la misma empresa como era el caso del a relación laboral vertical.

La tercerización: es un fenómeno de tienen una ecuación tripartita que se relaciona con una modalidad del fraccionamiento de la producción de las empresas de los elementos integrantes y diversificándola unidad de la fabricación o de servicios fraccionando estos en múltiples

nuevos prestadores de fabricación por ej. Una fábrica de automóviles con una unidad y al revés divide partes tales como los sistema eléctricos, los asientos, los cauchos y rines , los motores, vidrios cada uno de estas partes son realizadas por empresas o fabricantes diferentes la empresa llamémosla la Empresa Básico, y se encuentra con una relación diversificada es notorio que esta modalidad no es nueva pero las consecuencias para las relaciones laborales, empleo, calidad de vida y seguridad social son realmente negativas para la clase trabajadora y esto es expresión de la nueva tendencia económica de las empresas de reducir consto, empleos y obligaciones con los trabajadores(as) y el desempleo y empleos precarios y subsecuentes efectos. La mejor conceptualización de la tercerización. Es la simulación o fraude o fraude cometido por empresas con el propósito de desvirtuar, de conocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

2. Robotización Empleo consecuencias

En el desarrollo de las relaciones laborarles ha existido siempre como contraparte los sistemas de producción de las empresas establecimientos faenas o explotaciones que se hizo más patente y fue una verdadera controversia y entre los dos colectivos que dieron origen por una parte a la clase trabajadora y como contra partida los Empleadores y productores dueños de los medios de producción y estos últimos caso siempre coincidentes con el Estado en sus dobles competencias de gobiernos y la de dador de empleos en el sector publico de allí que esta trilogía; Trabajadores (as), Empleadores Estados que fueron la base del tripartimos de la OIT desde su fundación(1919).Hoy nos ha motivado n esta modesta ponencia hacer la referencia en relación a la influencia determinantes entre la tecnología y las condiciones de trabajo que generan: recordemos que con la invención de la máquina de vapor que dio origen a la llamada primera relación industrial generada Inglaterra con los ferrocarriles y en las industrias textiles de Manchester donde se aplicaron a la empresa de telares con la implantación de las correas de transmisión cuyo efectos fue producir más a menos costo facilitándolas labores a los trabajadores (as) pero causando una dramática reducción de mayoritaria trabajadoras que se organizaron y hubo un movimiento

para oponerse a este sistema de producción generando desempleo y la explotación de jornadas de 12 horas tampoco se redujo redujeron el salario. El Universal 28 sept. 2017 art. Carlos Sainz Muñoz.

FORMACIÓN, DESEMPLEO Y SALARIOS

Para evitar la posible generación de problemas en el ámbito laboral como consecuencia de la robotización y superar la situación, es esencial anticiparse a los cambios tecnológicos y enfrentarse a los cambios en la formación necesarios para poder reducir las diferencias entre la demanda y oferta de trabajo, ya que este es uno de los factores esgrimidos frecuentemente para explicar los niveles de desempleo. **Nuestra vocación es la formación tecnológica mediante la robótica educativa para niños desde los 3 hasta los 16 años.**

Robots en la educación de los niños niñas y adolescentes

Para ello, destacamos que se dispone de un método de formación continua utilizando una fórmula pionera a nivel mundial uniendo los productos LEGO® Education con Scratch, software creado por el MIT (Massachusetts Institute of Technology), siempre haciendo hincapié en la tecnología, la robótica y la programación. Dicho método educativo se basa en el aprendizaje escalado, introduciendo a los alumnos a la tecnología de forma amigable y divertida, para que no solo la sepan utilizar, sino que comprendan su funcionamiento y puedan crearla. Con ello logramos que los niños se ilusionen aprendiendo gracias a que juegan y desarrollan su inventiva con productos LEGO® y que, además, se inicien en la programación con un software muy intuitivo, que no solo les permite programar los robots que construyan sino también crear pequeños video juegos. Con nosotros sus hijos desarrollarán sus capacidades tecnológicas mientras se divierten construyendo multitud de robots de dificultad creciente, siempre de la mano de profesores especializados, a la vez que aprenden en un ambiente agradable y flexibles.

Refugiados y la Unión Europea incorporación

La Unión Europea trabaja en un nuevo plan para reubicar al menos a 50.000 refugiados y confía en ayudar a más solicitantes de asilo del norte de África a encontrar nuevos hogares en Europa. La Comisión

Europea dijo haber reservado 500 millones de euros (587 millones de dólares) para el plan. La ejecutiva europea quiere centrarse en refugiados de Libia, Egipto, Níger, Sudán, Chad y Etiopía. La comisión indicó el miércoles que también quiere establecer proyectos piloto para ayudar a crear más avenidas legales para los migrantes que llegan de aquellos países que cooperan con la UE. La iniciativa forma parte del esfuerzo de la UE de gestionar la llegada de cientos de miles de refugiados y migrantes sin permiso de trabajo o residencia que han intentado llegar a Europa en los últimos años. El plan de reubicación no es vinculante. Monta el paro! **Polémica en redes sociales por increíble parecido de androide con un ser humano** <https://wp.me/p5ssNI-5EA3>

Monta el paro! Polémica en redes sociales por increíble parecido de androide con un ser humano <https://wp.me/p5ssNI-5EA3>

On

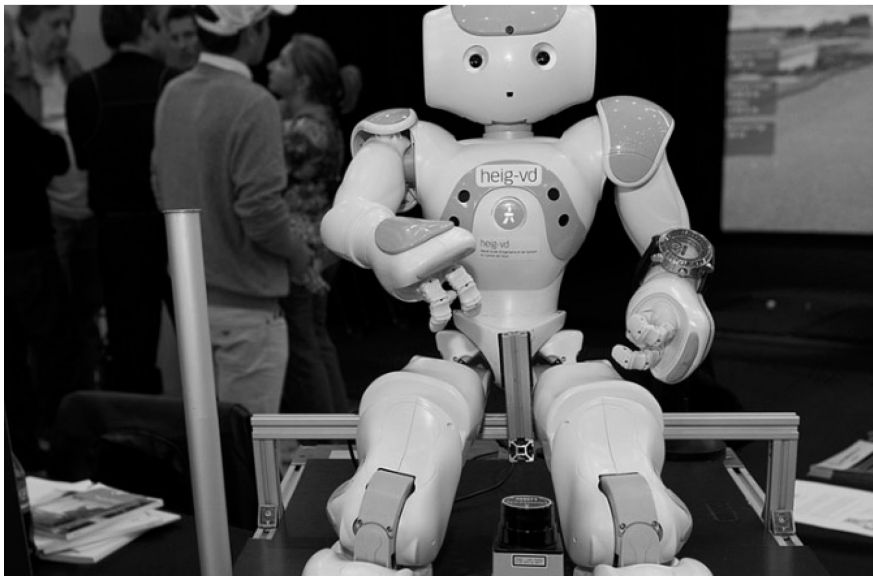


0 respuestas 0 retweets 0 Me gusta Publicado el 2 junio, 2016 a las 18:08 en Marítimas, Última Hora

4. La OIT debate el papel de la robótica en el ámbito laboral mundial

Consideramos referir especialistas esta materia con opiniones para lograr unas referencias de distinguidos especialistas y técnicos de la

OIT que salvo mejor criterio nos dan una visión de incalculable valor. AddThis Sharing ButtonsShare to TwitterShare to FacebookShare to Google+Share to CorreoShare to FavoritosShare to StumbleUponShare to LinkedInShare to DiggLa Conferencia Internacional del Trabajo se celebra anualmente en Ginebra y tiene la responsabilidad de establecer las políticas de la OIT. Considerada como el “parlamento mundial del trabajo”, a ella asisten más de 5.000 representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores.



El papel de la robótica es uno de los temas que se discuten en la Conferencia Internacional del Trabajo. Foto de archivo: WIPO/Emmanuel BerrodEl papel de la robótica en el escenario laboral, los derechos de los trabajadores en la colaboración abierta distribuida (crowdsourcing) y las transformaciones de los empleos con la aplicación de las nuevas tecnologías, son temas de debate hoy en la Conferencia Internacional del Trabajo que se celebra esta semana en Ginebra.

Adaptación tiempo y velocidad para la Robotización y la OIT

La adaptación, preparación y el tiempo necesario para la robotización y las nuevas tecnologías

Con la velocidad de las innovaciones que superan en la actualidad la capacidad de los trabajadores de adaptarse al cambio, los participantes

en la conferencia de la OIT discuten cómo el hombre interactuará con la tecnología y cómo ésta ayudará a resolver algunos de los problemas acuciantes del planeta. **Durante la sesión inaugural del evento (julio 2017), el director general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Guy Ryder, afirmó que el mundo ha entrado en una era en la que la tecnología está creando un nuevo tipo de vida productiva y que el debate de los que la favorecen y los que la critican se realiza en un escenario de desigualdad, marginalización y división.** “No tiene sentido juzgar quién está errado o quién está en lo cierto. Si permitimos que continúen las tendencias actuales hacia niveles de desigualdad que son inaceptables y que acentúan aún más la polarización de nuestras sociedades, en última instancia, todos seremos perdedores”, subrayó: La Conferencia Internacional del Trabajo se celebra anualmente en Ginebra y tiene la responsabilidad de establecer las políticas de la OIT. Considerada como el “parlamento mundial del trabajo”, a ella asisten más de 5.000 representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores. El evento sesiona hasta el 11 de junio y su agenda incluye debates sobre el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro y la evaluación del cumplimiento de la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social de 2008. Asimismo comenzará la revisión y actualización de uno de sus instrumentos normativos dedicados a la promoción de los derechos laborales en situaciones post emergencias, entre otros temas.

4. Futuro del trabajo

Las nuevas tecnologías y las dinámicas de la creación de empleo

Hemos querido incorporar en esta ponencia un tema complejo, polemico en el debate sobre el futuro del trabajo deber ir más allá de predecir la cantidad de puestos de trabajo que se perderán, para ello hemos seleccionado la opinión de una economista principal de la OIT según Irmgard Nübler de la OIT.

La reciente ola de innovación y cambio tecnológico ha dado origen a un animado debate sobre el futuro del trabajo. Algunos consideran que la innovación tecnológica destruirá puestos de trabajo a gran escala, pronosticando un futuro sin empleos. Otros, confían en que serán movilizadas fuerzas que crearán nuevos empleos y hasta una época

dorada de creación de empleos de calidad. Este optimismo es sustentado por la experiencia histórica que muestra que a las fases iniciales de la destrucción de empleos a la larga siguió una fuerte creación de empleos. Una de las preguntas fundamentales entonces es si la actual ola de cambio tecnológico generará, una vez más, un proceso sostenido de creación de empleos. Otra de las preguntas es de qué manera las políticas pueden apoyar este proceso para satisfacer las aspiraciones de las sociedades.

No hay respuestas fáciles, pero una investigación reciente de la OIT arroja luz sobre el proceso del cambio tecnológico, la innovación y la dinámica de la creación y la destrucción de empleos. Esta investigación reconoce que el cambio tecnológico es un proceso complejo, incierto y no lineal que llega en oleadas, produciendo por lo tanto fases de destrucción de empleos y de creación de empleos. Este proceso no ocurre de manera automática, sino que es impulsado por diversas fuerzas a nivel económico, político y de la sociedad.

Analicemos la historia económica a partir de la Revolución industrial. La demanda de incrementar la productividad ha fomentado la innovación de los procesos dirigidos a economizar mano de obra. La automatización y la fragmentación de los procesos de producción han destruido puestos de trabajo – y seguirán haciéndolo – algunas veces a gran escala. Sin embargo, por lo general han emergido nuevos empleos gracias a la expansión de los mercados y, sobre todo, a la innovación de los productos, después de la fase destructiva. La importante enseñanza que aporta la historia es que los procesos de creación de empleo se activan por las consecuencias tanto intencionales como involuntarias de las innovaciones dirigidas a economizar mano de obra. Este proceso endógeno puede explicar por qué el cambio tecnológico llega en oleadas, y por qué las fases iniciales de la destrucción de empleos cada vez fueron seguidas por un incremento de la creación de empleos.

Ajuste de las fuerzas que activan la creación de empleos. Podría, sin embargo, ser más útil estudiar estos procesos de ajuste, las fuerzas que activan la creación de empleos, y la forma de dirigir estos procesos a fin de crear más y mejores empleos, en vez de realizar un número mayor de estudios que pronostiquen el posible impacto de los robots en la pérdida de empleos.

Esto nos deja con una pregunta:

¿Cuáles son estos mecanismos de ajuste de creación de empleo, y qué fuerzas lo impulsan? Obviamente, las fuerzas del mercado son un importante motor de creación de empleo. Mientras que la automatización y la fragmentación de los procesos de producción mejoran la productividad economizando mano de obra, los mercados tienden a buscar maneras de compensar esta pérdida de empleos. La distribución del aumento de la productividad desempeña un papel esencial, porque ejerce influencia sobre el nivel y la estructura tanto de la demanda como de la oferta. Se genera nueva demanda si el aumento de la productividad es distribuido bajo la forma de salarios más altos, precios más bajos, u horarios de trabajo reducidos. Además una productividad más alta puede incrementar las ganancias, las inversiones y el rendimiento. Como resultado, los mercados se expanden, las empresas se diversifican y, con el tiempo, nuevos empleos pueden ser creados.

5. Referencias países y pérdida de empleos

Es interesante para nuestra ponencia destacar que los países tienden a gestionar estos procesos de ajuste de manera diferente, con diversos resultados en términos de pérdida neta de empleos. **Por ejemplo, Alemania, Dinamarca, Italia y Corea del Sur invirtieron mucho en la robótica entre 1993 y 2007, pero su proporción de empleo en el sector manufacturero disminuyó mucho menos durante ese período que en Estados Unidos o el Reino Unido, donde el crecimiento del uso de los robots ha sido mucho menor. La respuesta tiene mucho que ver con el hecho de que los mercados no funcionan de forma aislada. Forman parte de las sociedades.** Las dinámicas de la innovación de los productos están fuertemente influenciadas por las capacidades sociales específicas de cada país, y estas capacidades colectivas están incorporadas en la base de conocimientos de una sociedad; esa combinación particular de conocimientos formales y técnicos, convicciones, culturas y marcos institucionales.

Aquí intervienen las fuerzas sociales y políticas. Ellas movilizan los cambios transformadores en su economía, desarrollan nuevos sectores de crecimiento que sustituyen los anteriores, y dirigen los procesos de destrucción creativa con un fuerte efecto de creación de empleos. Es-

tas dinámicas no pueden ser producidas por las fuerzas del mercado. La transición hacia “épocas doradas” de creación de empleo fueron siempre impulsadas por nuevas opciones sociales y políticas. Además, un proceso de aprendizaje social y de diálogo social es necesario para forjar un nuevo consenso sobre el camino a seguir, para crear una nueva demanda política y social, y para mejorar las capacidades sociales. Este tipo de aprendizaje es una respuesta a las consecuencias inesperadas del anterior cambio tecnológico como las repercusiones negativas sobre las sociedades y el medio ambiente natural. Los desafíos fundamentales para las políticas son, por lo tanto, apoyar los cambios transformadores de las **sociedades** y las economías, a fin de acelerar la transición hacia la fase generadora de empleos de los ciclos tecnológicos.

Nuestro futuro del trabajo no es determinista, debe ser forjado, y precisa de un nuevo consenso social y político sobre el camino a seguir. Por consiguiente, es necesario ampliar el objeto del debate, de la previsión de la escala de pérdidas de empleo al análisis de las fuerzas políticas y sociales, las políticas públicas y las instituciones que pueden contribuir a transformar las economías y crear los empleos que las personas quieren. Extravoz RedE. V. PitaRedacción / La Voz 24/09/2017 05:20 h

6

La robotización y la inteligencia artificial han generado un gran debate social porque podrían cambiar el mundo como lo conocemos.

No se trata solo de camiones y taxis autónomos que sustituyen al chófer humano, sino también electrodomésticos conectados entre sí. Hace años que los novelistas sueñan con un mundo de pleno ocio gracias a los robots mayordomo. Pero la realidad suele ser más siniestra y los más pesimistas prevén un planeta rebosante de desempleados y dominado por los dueños de las máquinas que fabrican a coste cero. **Martin Ford, en su libro El auge de los robots, alerta sobre este nuevo escenario, lo mismo que Paul Mason en Postcapitalismo, que ve detrás de la industria 4.0 una nueva destrucción empresarial creativa. Entiende que la robotización** es una forma de taylorismo avanzado, donde una tarea se divide en otras simples. Las redes sociales son un ejemplo extremo de esto porque funcionan solas con algoritmos generados a partir del Big Data.

El mayor debate se centra en si la robotización reemplazará empleos obsoletos como el de conductor de carruajes de caballos por otros nuevos como el de chófer de camión, si lo hará a ritmo más lento, o si destruirá los viejos empleos sin crear otros. Muchos recuerdan que el economista Robert Solow, que atribuyó el crecimiento económico al progreso tecnológico, cayó un día en la cuenta de que pasaba algo raro con la revolución informática de los años 80. Antes había pleno empleo, pero en el 2000 ya existía una tasa natural de paro del 3 al 5 %. Por eso, algunos autores definen los últimos 40 años como el Gran Estancamiento por su falta de progreso y salarios a la baja. La prueba, afirman los detractores, es que Google y Facebook ganan miles de millones en beneficios pero emplean a una ínfima parte de la plantilla de **General Motors o de Kodak, dos gigantes del siglo xx. El paro masivo no solo afectaría a** los camioneros y repartidores reemplazados por los coches autónomos y los drones de Amazon, sino también a profesionales de cuello blanco como brokers, empleados de banca, cirujanos, abogados, ingenieros, periodistas, militares y poetas. La inteligencia artificial hará el mismo trabajo mediante algoritmos, más rápido y mejor. Entre los futuros empleos de calidad estará el de programar autómatas. Siempre surgirán nuevas profesiones como youtuber, bloguero o instagramer.

inRead invented by Teads

A mayores, como señaló el sociólogo **Alvin Toffler**, el propio consumidor es también productor (prosumidor) que monta en su casa sus muebles, retoca sus fotos, imprime sus compras en 3D y genera contenidos para nutrir a las plataformas de Internet. Jeremy Rifkin propuso en 1996 en su libro *El fin del trabajo* que los ociosos podrían autorrealizarse como voluntarios de oenegés, pero ahora vemos, paradójicamente, que los internautas dedican su tiempo libre a trabajar gratis para Internet.

Renta básica y Robot

La robotización también se plantea como otra vuelta de tuerca a la deslocalización industrial, pero esta vez los trabajadores occidentales no competirán con Asia, sino con ultramodernas fábricas asentadas en los barrios del mundo rico y que bajarán aún más los sueldos. Los políticos ya debaten si es necesario conceder una renta básica para cubrir las necesidades de cada ciudadano, algo a lo que se **suma Rutger Bregman en su libro Utopía para realistas.**

Conclusiones

A título de unas modestas conclusiones en este Congreso V celebrado en la Universidad Alcalá de Henares

Resumiendo y sintetizando nuestras modestas conclusiones queremos invocar las opiniones del Prof. Martin Ford, en su libro “El auge de los robots,” alerta sobre este nuevo escenario, lo mismo que Paul Mason en Post capitalismo, que ve detrás de la industria 4.0 una nueva destrucción empresarial creativa. Entiende que la robotización es una forma de taylorismo avanzado, donde una tarea se divide en otras simples. Las redes sociales son un ejemplo extremo de esto porque funcionan solas con algoritmos generados a partir del Big Data.

Esta distinguida la dra Irmgard Nübler, opiniones de la economista principal de la OIT esta profesora economista principal de la OIT tienen unas opiniones que reflejan las experiencias de a temas e investigaciones s que consideramos de gran ayuda para el tema de la robotización y los derechos al empleo digno. No hay respuestas fáciles, pero una investigación reciente de la OIT arroja luz sobre el proceso del cambio tecnológico, la innovación y la dinámica de la creación y la destrucción de empleos. Esta investigación reconoce que el cambio tecnológico es un proceso complejo, incierto y no lineal que llega en oleadas, produciendo por lo tanto fases de destrucción de empleos y de creación de empleos. **Aquí intervienen las fuerzas sociales y políticas.** Ellas movilizan los cambios transformadores en su economía, desarrollan nuevos sectores de crecimiento que sustituyen los anteriores, y dirigen los procesos de destrucción creativa con un fuerte efecto de creación de empleos, pero los interlocutores sociales de mayor amplitud y fuerza de convicción para la clase trabajadora son las organizaciones, federaciones centrales obreras tienen que hacer valer sus preocupaciones por la indetenible sustitución del trabajo humano por la inteligencia artificial y la robotización y como lo plantea con gran impacto el Director general de la OIT Gay Ryder que la pobreza se combate con empleo dignos y salarios que permitan a la clase trabajadora una cálida de vida para ellos sus familiares y dependientes y aplicar la declaración de la OIT del 2008 sobre la justicia social internacional.

Noviembre del 2017.

Síntesis C.V

Nombre Carlos Sainz Muñoz

Estudio: abogado, Msc. y dr.en derecho del trabajo

Prof. Universitario UCV Caracas

Prof. de la escuela de practica jurídica del Colegio de Abogados de Caracas..

Miembro de la Comisión Prsidencial para la discusión de la nueva Ley del trabajo (OTTT)

Miembro de numero y ex Director del Inst.venez de derecho (IVDS)

Profesor fundador de la cátedra de Derecho Colectivo del trabajo en la Universidad Santa Maria- Caracas.

Profesor invitado: a la Universidad del Zulia

Prof. invitado en la Universidad Rómulo Gallego.

Prof. invitado en la Universidad Rafael Beloso. Maracaibo

Árbitro laboral designado y juramentado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Ex asesor Comision técnica Min Trabajo

Obras Publicadas

Se ha publicado como 47 obras en derecho del trabajo y seguridad y los juicios laborales de las cuales las ultimas: fueron El ideario abolicionista indigenista laboralista y abolicionista, Tipog Olympia 2012, ,los Procesos administrativos laborales, Tipo.la victoria 2011, la responsabilidad in itineri de los patronos. Bt.2010,losnuevos comité de higiene laboral la victoria 2005, Ley de protección personas con discapacidad. Cooperativa de artes graficas 2000,Nuevos Lineamientos prácticos de la LOTTT Tipo. Olympia 2012 ,Valoración del Regl. Parcial de la LOTTT Jornada Tipo Bruno 2014, comentarios de la Ley orgánica del trabajo los trabajadores y trabajadoras TIP. Bruno 2012.

Algunas referencias consultadas

Constitución OIT, Const. Española, Const. Rep. Bolivariana de Venezuela. Const. U.E Invest. de la consultora Mackinsey tiempo de robotización por Sectores, Deben ¿las empresas cotizar por los Robot? Pepe Álvarez secretario general sindicato UGT sobre la seguridad Social, Antonio Garamendi sector Empresarial (cepyme) sostienen que la innovación tecnología genera mas salud, Progreso, mi bienestar, opinión

de José Moisés Martín C. la destrucción de las relaciones laborales nuevos sistemas de producción de la Toyota con el (o justo a tiempo) (Jus In time), (20 Minutos), Congreso Intern. De la Union de la çibe-roamericana de universidades convocada OIT, UCM, sobre protección derechos Sociales en tiempos de crisis (Madrid 17 2017).



LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

DR. DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

1. Introducción

La redacción original de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley 4/2000)¹, no hacía mención a las víctimas de la trata de seres humanos. A los once años siguientes de su promulgación nace la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley 10/2011)², que regula por primera vez la situación de las víctimas de trata de seres humanos en el artículo 59 bis. Aquella norma lo que persigue es perfeccionar la coherencia normativa con el Convenio núm. 197 del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de lucha contra la trata de seres humanos³, que exige brindar asistencia integral a las víctimas

¹ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

² BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011.

³ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio núm. 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009).

de trata, independientemente de si colaboran o no y de su situación administrativa.

En diversas ocasiones la víctima de trata no tiene información suficiente sobre sus explotadores o, por simple miedo, no se atreve a denunciar. Es en ese tipo de situaciones cuando la Administración Pública (AAPP) debe garantizar una adecuada protección a la víctima. Por ello, su Preámbulo señala que es necesario asumir la condena que el Estado español recibió en la sentencia 2009/143/TJCE, de 14 de mayo, por no aplicar la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes⁴, «al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad»⁵.

Por consecuencia, la voluntad que el legislador persigue, mediante el artículo 59 bis, es ampliar las medidas de protección que la Ley 4/2000 reconoce a las víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al maltratador o explotador. Las nuevas medidas tratan de mejorar las posibilidades de la víctima para ejercer su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva; en el sentido que pretende facilitar que aquellas cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen esta clase de delitos. A tal fin, se amplía a los hijos de la víctima que se encuentren en España el derecho que asiste a éstas para solicitar de la AAPP competente las medidas que correspondan para garantizar su seguridad. Asimismo, amplía ese derecho a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza con la víctima, con el fin de que las redes de trata no puedan bloquear la cooperación de la víctima a través de amenazas graves a sus allegados. Por otra parte, se especifica que la resolución de denegación o revocación del periodo de restablecimiento y reflexión deberá ser motivada, así como el derecho a interponer recurso administrativo contra dicha resolución.

⁴ DO L núm. 261, de 6 de agosto de 2004.

⁵ STJCE (Sala Sexta) de 14 de mayo de 2009. Asunto C-266/08.

2 Las víctimas de la trata de seres humanos según la ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La Ley 4/2000 establece que todas las AA PP basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto al siguiente principio, entre otros, a la persecución de la trata de seres humanos. En este sentido, el artículo 59 bis dispone que las autoridades competentes deberán adoptar las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio núm. 197 del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de lucha contra la trata de seres humanos.

Dicho en otros términos, España dotará a sus autoridades competentes de personas formadas y cualificadas en la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y en la identificación y asistencia a las víctimas, especialmente a los menores, y se asegurará de que las distintas autoridades colaboren entre ellas y con las organizaciones responsables de prestar asistencia, con el fin de permitir la identificación de las víctimas en un procedimiento que tenga en cuenta la situación especial de las mujeres y menores víctimas y, en los casos apropiados, que se expidan autorizaciones de residencia en las condiciones previstas en el artículo 14 del citado Convenio. Es decir, cuando la autoridad competente considere que su permanencia es necesaria por razón de su situación personal, o es indispensable a efectos de su cooperación con las autoridades competentes en las investigaciones o actuaciones penales.

Asimismo, adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para identificar a las víctimas con la colaboración, en su caso, de otros países de la Unión Europea (UE) y de las organizaciones responsables de prestar asistencia. De igual manera, asegurará de que, si las autoridades competentes consideran que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de trata de seres humanos, no se traslade a la misma de su territorio hasta que las autoridades competentes hayan finalizado el proceso para su identificación como víctima de una infracción prevista en el artículo 18 del citado convenio, y se asegurará de que esa persona reciba la asistencia prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 12 de aquel instrumento europeo.

En el supuesto de incertidumbre, en cuanto a la edad de la víctima, y cuando existan razones para creer que se trata de un menor, se presumirá que es un menor y se le aplicarán medidas de protección especiales hasta que pueda verificarse su edad. En el momento en que se identifique como víctima a un menor no acompañado, se dispondrá, por una parte, lo necesario para que sea representado, bien por un tutor legal o por una organización o autoridad que actúe en defensa del interés superior del niño. Por otra, adoptará las medidas necesarias para determinar su identidad y su nacionalidad. Finalmente, hará todo lo posible por encontrar a su familia, cuando ello sea en interés superior del niño.

Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del artículo 59 bis de la Ley 4/2000 y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente; es decir, lo dispuesto en el RD 557/2011.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) de la Ley 4/2000 («encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente») y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas.

De igual manera, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad,

que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y, en su caso, trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las AA PP competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la AA PP competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberá estar motivada y podrá ser recurrida según lo establecido en Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶.

La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la Ley 4/2000. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

En la tramitación de las autorizaciones referidas se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima. Lo expuesto hasta ahora es lo que dispone la Ley 4/2000, en los próximos epígrafes se pasará a estudiar la regula-

⁶ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

ción reglamentaria, según lo dispuesto en el RD 557/2011; es decir, el desarrollo de la Ley.

3. Protección en las actuaciones con víctimas menores de edad

El RD 557/2011 establece que todo lo anteriormente expuesto será de aplicación, como ya se ha comentado, a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor. En este sentido, el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial⁷ -el cual será de aplicación a todas las personas que pudieran resultar víctimas del delito de trata de seres humanos, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa en el caso de supuestas víctimas extranjeras, en el que su ámbito territorial de aplicación se extiende a todo el territorio del Estado, sin perjuicio de la aprobación de protocolos autonómicos y locales para su desarrollo- señala que a la víctima menor de edad se le prestará inmediatamente asistencia, apoyo y protección. Las medidas que se adopten estarán dirigidas a su seguridad, su recuperación física y psicosocial, su educación y a encontrar una solución duradera a su caso.

Estas medidas deberán estar basadas en la condición de especial vulnerabilidad de la víctima de trata menor de edad y se emprenderán tras una evaluación individual de las circunstancias específicas de la víctima y teniendo en cuenta su opinión, sus necesidades e intereses. Entre las medidas de asistencia se deberán establecer mecanismos de acompañamiento que garanticen el retorno asistido al lugar de procedencia, incluido el retorno de las víctimas menores de edad procedentes de países de la UE, prevaleciendo el interés superior del menor y la valoración entre las condiciones de retorno del beneficio del ámbito familiar para su recuperación. La institución pública responsable de la

⁷ <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>

tutela legal de una víctima menor de edad o el Ministerio Fiscal podrán proponer su derivación a recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos por razones de protección o de asistencia especializada. Estos recursos deberán garantizar la debida separación entre menores y mayores de edad.

De igual manera, el protocolo dispone que en el transcurso de las investigaciones policiales y los procedimientos penales en los que estén implicadas posibles víctimas de trata de seres humanos menores de edad, se adoptarán las medidas necesarias para evitar la victimización secundaria. En todo caso, se adoptará un protocolo de entrevista unificado.

La entrevista se realizará de manera inmediata, en las condiciones adecuadas, con la presencia del Ministerio Fiscal y asegurando la presunción de minoría de edad en caso de duda, así como la adopción de los mecanismos necesarios para la preconstitución probatoria, si fuera necesario. Dada la particular vulnerabilidad de las personas menores de edad víctimas de trata, deberán adoptarse medidas de protección adicionales durante las entrevistas y exploraciones que se lleven a cabo en las investigaciones y actuaciones judiciales, entre otras, las siguientes:

- a) Se efectuarán sin demoras injustificadas tras la comunicación de los hechos a las autoridades competentes.
- b) Tendrán lugar, en la medida de lo posible, en locales adaptados o asignados al efecto.
- c) En todas las entrevistas participarán, cuando sea necesario, profesionales con formación adecuada.
- d) Su número será el mínimo posible y solo se efectuarán cuando sea estrictamente necesario. El testimonio del menor será grabado en soporte técnico que permita la reproducción audiovisual siempre que sea posible.
- e) La entrevista se realizará en presencia de representante legal, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona.

En cuanto a las víctimas menores de edad no acompañadas, dicho protocolo establece que se adoptarán las medidas necesarias para establecer la identidad, nacionalidad y/o lugar de procedencia de la persona menor de edad y, en caso de no estar acompañada, se dispondrán los medios necesarios para la localización de su familia, así como

para garantizar su representación. Dicho en otros términos, se le deberá prestar una atención especial, por ser particularmente vulnerable, y hasta que se encuentre una solución permanente, se aplicarán medidas de acogida adecuadas a las necesidades del menor. La solución duradera sobre su futuro deberá adoptarse en el plazo más breve posible y podrá consistir en el retorno y la reintegración en el país de origen, la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo cuando proceda. La institución pública responsable de la tutela legal de la víctima menor de edad o el Ministerio Fiscal podrán proponer la derivación del menor hacia recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos, por razones de protección o de asistencia especializada. En cualquier caso, los recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos deberán garantizar la separación entre menores y mayores de edad.

En los supuestos en los que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento al Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor, en la que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas científicas necesarias. Determinada la edad, si se tratase de una persona menor de edad no acompañado, el Ministerio lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

Dicho en otros términos, para los menores extranjeros se les aplicará lo dispuesto en las leyes del menor que se encuentren vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, unido a lo dispuesto en los Tratados internacionales. El Tribunal Constitucional ha señalado que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles que les corresponden por el solo hecho de serlo y; por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento⁸.

En el supuesto de un extranjero sin documentación cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el artículo 35 de la Ley 4/2000 establece que el Ministerio Fiscal determinará las pruebas necesarias que deberán realizarse por la institución sanitaria con el fin

⁸ STC 141/2000, de 29 de mayo.

de determinar con certeza la edad del extranjero presuntamente menor. Es decir, el legislador trata de determinar la verdadera edad del extranjero para actuar en consecuencia y ponerlo bajo la tutela de los servicios de protección de menores de la Administración competente en los casos que el menor no esté acompañado de padres o familiares directos, o cuando se decida que ésta sea la mejor opción por hallarse en situación de desamparo.

Bajo este contexto, el RD 557/2011 señala, en el artículo 190, que en el caso que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En el supuesto de que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en el territorio español, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para ello deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias. De igual manera, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre. Si en el transcurso del procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento, nuevamente, de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero

es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años. El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad se inscribirá en el Registro de menores no acompañados. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores, en el que la actuación deberá quedar por escrito para dejar constancia de ello.

Una de las dudas que se plantean al respecto es sí el menor extranjero puede negarse a que se le realicen estas pruebas. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁹, en el artículo 10 enumera los derechos de los usuarios de la sanidad, y de la cual establece el derecho que tienen aquellos a ser informados previamente a cualquier intervención, y la obligatoriedad de recabar su consentimiento de manera escrita antes de proceder a realizar la intervención o las pruebas médicas. Como se observa, el precepto es amplio, de manera que los casos en que es preceptivo el consentimiento abarcan desde la realización de cualquier prueba diagnóstica hasta las intervenciones quirúrgicas. Según el ordenamiento jurídico vigente es reglado facilitar información tanto oral como escrita al afectado por parte del médico responsable y solicitar su consentimiento previo.

Antiguamente, el mencionado texto legal, en el apartado 6 del artículo 10, establecía las excepciones a la necesidad del consentimiento escrito del afectado en tres supuestos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando el afectado no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho le corresponderá a sus familiares o a las personas allegadas a aquél.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Como puede visionarse el segundo supuesto establecía el consentimiento por sustitución, mientras que en el primero y tercero constituían

⁹ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

verdaderas excepciones a la necesidad de obtener el consentimiento, dado que el organismo sanitario debería prestar la asistencia sin más, en función de los bienes jurídicos protegidos; es decir, la salud pública como interés general de la población y el bien supremo de mantener la vida o evitar lesiones irreversibles en la persona, respectivamente. Sin embargo, este apartado fue derogado por Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁰.

El artículo 9 de aquella norma establece los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. A este respecto el legislador fue más precavido en delimitar de manera específica dichos conceptos que en la Ley General de Sanidad. De manera que el apartado tercero señala los cuatro supuestos que puede concurrir el consentimiento por representación:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a juicio del médico responsable.
- b) Cuando el estado físico o psíquico del paciente no le permita hacerse cargo de su situación.
- c) Cuando el paciente se encuentre incapacitado legalmente.
- d) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz tanto intelectual como emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

El supuesto que más interesa, en este caso, es el último; es decir, que el consentimiento lo deberá realizar el representante legal del menor después de haber escuchado la opinión de éste si tiene doce años cumplidos. En el caso que se trataran de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no se prestará el consentimiento por representación. En materia de actuación de grave riesgo, según el criterio del médico responsable, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Ahora bien, en el caso del menor extranjero al que se pretende realizar una prueba para determinar su edad real, de acuerdo con la legislación

¹⁰ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

específica se requiere el consentimiento previo del menor al que se le ha de haber informado previamente de las actuaciones que se le van a realizar y la finalidad perseguida con ellas, si tiene más de doce años cumplido. De la lectura del artículo 35 de la Ley 4/2000 se desprende que el Ministerio Fiscal decidirá sobre la realización de determinadas pruebas médicas que la institución sanitaria viene obligada a realizar con prioridad y sin necesidad del consentimiento del afectado. Al entenderse en este sentido se estaría ante un supuesto de otorgamiento del consentimiento por sustitución por presunción legal que el menor no está capacitado para tomar decisiones, y el Ministerio Fiscal asume su representación legal a estos efectos. Existen interpretaciones que al acogerse este criterio se iría más allá de la literalidad de la ley, por afectar a un derecho de la persona constitucionalmente reconocido como derecho fundamental, razón por la que conculcaría la Constitución Española¹¹.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹², hace mención a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. Por una parte, establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por el ordenamiento jurídico, y concurra un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y es imposible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Por otra parte, señala que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. En el supuesto que el paciente carezca de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, b) Cuando el paciente esté incapacitado

¹¹ SAURA SÚCAR, M., “La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (99), 1 de agosto de 2001.

¹² BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

legalmente, c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En definitiva, todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia que no sea protegido en su país de procedencia. De manera que las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral, y la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción¹³.

El artículo 23.2 del Convenio sobre los Derechos del Niño contempla el derecho del menor impedido mental y físicamente a recibir cuidados especiales y de la cual los Estados partes alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación del niño que reúne las condiciones requeridas y la asistencia que se solicite por parte de sus padres o los representantes de su cuidado y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de dichas personas. Además que los derechos previstos en el Convenio se apliquen a los niños con independencia de toda circunstancia. Ello señala, sin duda, que el menor extranjero quedará protegido, aunque no se encuentre en posesión de la respectiva autorización de residencia a la que hace referencia la Ley 4/2000¹⁴. El único requisito que establece es que el Estado tenga recursos disponibles, y dada la configuración de derecho subjetivo de la tutela de la dependencia la inexistencia de los mismos no podría ser impedimento para su reconocimiento.

Sin embargo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁵, no acoge ningún derecho al respecto, el artículo 3 señala que los menores gozarán de los derechos garantizados en el

¹³ Obligaciones señaladas en los arts. 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.

¹⁴ AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 462.

¹⁵ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

ordenamiento jurídico sin ningún tipo de discriminación, por ejemplo, la nacionalidad¹⁶. Asimismo, el artículo 1 establece que este texto normativo es de aplicación a los menores que se encuentren en territorio español. Ello, sin duda, da entender que la legislación interna protege a los menores, independientemente de su nacionalidad. Por otra parte, en el ámbito autonómico, también se reconocen los derechos de los menores a la protección a la situación de dependencia a través de la protección de los servicios sociales, independientemente de la situación administrativa¹⁷.

Por último, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, dispone en el artículo 215 la creación de un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado. El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de aquellos menores, tanto documentados como indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal:

- a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
- b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.
- c) Impresión decadactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos.
- d) Fotografía.
- e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal.
- f) Centro de acogida o lugar de residencia.

¹⁶ TARIBANI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia”, en AA.VV. (Coord. Roqueta Buj, R.), *La protección de la dependencia*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 173.

¹⁷ *Cfr.* Arts. 2 y 19 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de la Rioja; arts. 2 y 32 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de las Islas Baleares; arts. 2 y 42 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero del País Vasco; y, arts. 2 y 27 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de 2005.

- g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
- h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
- i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
- j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
- k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
- l) Cualquier otra información de relevancia que estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

Posteriormente, al reconocimiento de la minoría de edad, se adoptarán de forma inmediata las medidas para asegurar que el representante de la persona menor de edad, nombrado de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de menores, actúe en nombre del menor de edad no acompañado y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional.

4. Coordinación de las actuaciones

Antes de comenzar a analizar la coordinación de las actuaciones es preciso resaltar que las previsiones establecidas en dicho reglamento serán de aplicación a las víctimas potenciales de trata de seres humanos nacionales de un Estado miembro de la UE o incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen comunitario de extranjería. En cuanto a la coordinación de las actuaciones las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración, de Justicia, de Seguridad y de Igualdad impulsarán la adopción de un protocolo marco de protección de víctimas de trata de seres humanos en el que se establezcan las bases de coordinación y actuación de las instituciones y administraciones con competencias relacionadas con lo dispuesto reglamentariamente. En el citado protocolo se recogerá el ámbito y forma de participación de las organizaciones no gubernamentales, fundaciones u otras asociaciones de carácter no lucrativo que, por su objeto, estén especializadas en la acogida y/o protección de las víctimas de trata de seres humanos y

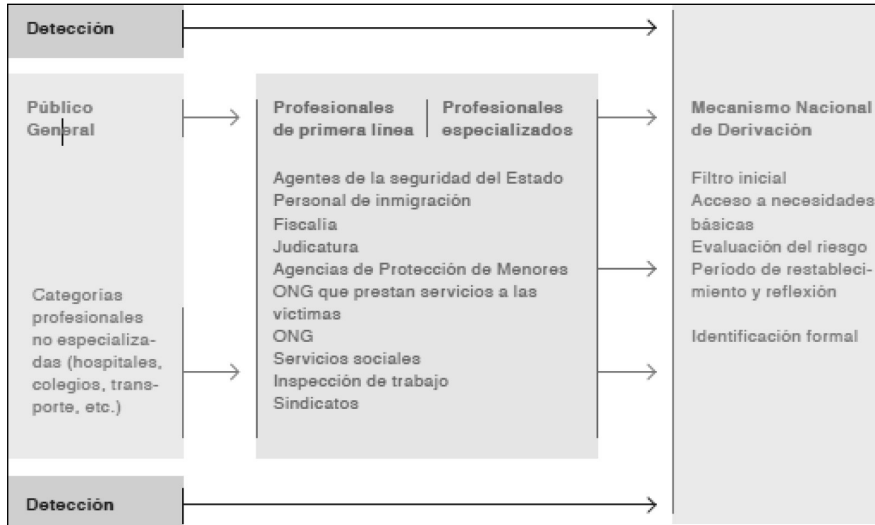
que participen en los programas desarrollados por las AA PP para la asistencia y protección de las mismas.

Bajo este contexto, ha nacido el aludido Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, anteriormente reseñado. El documento señala las diferentes fases por las que atraviesa una posible víctima de trata desde su detección; es decir, el proceso que se inicia con el reconocimiento de señales que sugieren una posible situación de trata. Para una mejor comprensión sobre qué es la detección puede visionarse el gráfico que se señala más abajo. Asimismo, indica las actuaciones a llevar a cabo en cada fase e identifica a las AA PP implicadas, estableciendo los mecanismos de coordinación entre ellas y su relación con otras organizaciones con experiencia acreditada en la asistencia a víctimas. Dicho de manera más específica aquel instrumento pretende:

- a) Definir el procedimiento de identificación de las víctimas de trata de seres humanos y coordinar la actuación de las autoridades e instituciones con responsabilidades en dicho proceso.
- b) Establecer las pautas para la evaluación de los supuestos riesgos a los que se exponen las víctimas y la determinación de las medidas de protección.
- c) Recoger los aspectos relativos a la denuncia y/o puesta en conocimiento de la autoridad judicial.
- d) Delimitar los elementos necesarios para proporcionar una información adecuada a las víctimas sobre sus derechos, servicios y recursos.
- e) Establecer criterios para una correcta evaluación de las necesidades de la víctima, que permitan una asistencia adecuada.
- f) Prever la inclusión de las víctimas de trata extranjeras en programas de retorno voluntario.
- g) Detallar, cuando la víctima sea extranjera y se encuentre en situación irregular, el procedimiento para la concesión del período de restablecimiento y reflexión y, en su caso, la exención de responsabilidad y la concesión de la correspondiente autorización de residencia y trabajo o el procedimiento de retorno asistido.
- h) Establecer actuaciones específicas en caso de víctimas menores de edad.

i) Definir la participación de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las AA PP para la asistencia y protección de las mismas.

Gráfico 1
Fases por las que atraviesa una víctima de trata desde su detección



Fuente: Directrices para la Detección de Víctimas de Trata en Europa. Euro TrafGulD, de junio de 2003.

Por último, hay que resaltar que diversas Comunidades Autónomas han elaborado protocolos en su ámbito territorial, como el Protocolo de Galicia de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual¹⁸, y el Protocolo de Cataluña de protección de las víctimas de trata de seres humanos¹⁹. Este último tiene por objeto adaptar el Protocolo marco en el ámbito territorial de Cataluña, y, el primero, tiene por objeto implementar medidas destinadas a prevenir la trata de mujeres para la explotación sexual y asistir a sus víctimas.

¹⁸ <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/DOC/ProtocoloActuacionConjuntaGalicia.pdf>

¹⁹ http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2013/10/17/11/42/02a5c5e2-dd84-4af4-b6db-29bb016553e5.pdf

5. Identificación de las potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos

El RD 557/2011 dispone que cualquier sujeto que tenga noticia de la existencia de una posible víctima de trata de seres humanos informará de manera inmediata de esta circunstancia a la autoridad policial competente para la investigación del delito o a la Delegación o Subdelegación de Gobierno de la provincia donde la potencial víctima se encuentre, que activarán sin dilación alguna de las previsiones que a continuación se estudiarán. De oficio, a instancia de parte, o por orden del Delegado o Subdelegado del Gobierno, las autoridades policiales, tan pronto tengan indicios razonables de la existencia de una potencial víctima de trata de seres humanos extranjera en situación irregular, le informarán fehacientemente y por escrito, en un idioma que le resulte comprensible, de las previsiones establecidas en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, así como lo dispuesto en dicho reglamento. Asimismo, garantizarán que la misma conozca la posibilidad que le asiste de ser derivada a las autoridades autonómicas o municipales competentes en materia de asistencia social y sanitaria.

La identificación de la víctima se realizará por las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata de seres humanos y en la identificación de sus víctimas. Cuando la identificación exija la toma de declaración de la víctima potencial de trata, se hará a través de entrevista personal realizada en condiciones adecuadas a las circunstancias personales de aquella, asegurando la ausencia de personas del entorno de los explotadores, y, en la medida en que sea posible, la prestación del debido apoyo jurídico, psicológico y asistencial.

El Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos dispone que la realización de la entrevista corresponde al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes para la investigación de estos delitos, con formación específica en la identificación de víctimas de trata de seres humanos, sin perjuicio de la colaboración que puedan proporcionar las Administraciones autonómicas y locales y las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata durante todo el proceso de identificación.

Para la identificación de la supuesta víctima de trata de seres humanos se requiere la evaluación de diferentes elementos, más allá de la

obtención de información acerca de aspectos relacionados con el delito de trata de seres humanos y sus autores. Las entrevistas se desarrollarán de forma reservada y confidencial, en un idioma comprensible para la víctima y con asistencia de intérprete en caso necesario. En la medida de lo posible, se llevarán a cabo en un entorno adecuado al sexo, edad y demás circunstancias personales de la misma. Se adoptarán las medidas necesarias para evitar el contacto con sus presuntos tratantes y con personas directa o indirectamente vinculadas con ellos.

Al finalizar la entrevista, se informará a la supuesta víctima de su derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando carezca de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora de este derecho, sin perjuicio de la posibilidad de asesoramiento jurídico que ofrecen las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata. Del mismo modo, se le informará de la posibilidad de contactar con una de estas organizaciones especializadas para que la asistan y/o acompañen.

Las autoridades policiales recabarán toda la información disponible que pueda servir para la identificación de la posible víctima y las organizaciones dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de las personas víctimas de trata que podrán aportar cuanta información consideren relevante a estos efectos. En aras de la protección de la integridad de la misma tal información tendrá carácter reservado. Durante toda esta fase de identificación, el expediente sancionador o, en su caso, la expulsión o devolución acordada quedarán inmediatamente suspendidos y la autoridad policial competente, si fuera necesario, velará por la seguridad y protección de la potencial víctima.

6. Periodo de restablecimiento y reflexión

En el supuesto que la identificación haya sido efectuada por las unidades de extranjería, éstas elevarán, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas y previa conformidad de la víctima, la correspondiente propuesta sobre la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se hubiere realizado la identificación. En este sentido, el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres

Humanos establece que al oficio remitario y a la propuesta se deberá acompañar lo siguiente:

- a) Copia de toda la documentación que incorpore la información que la unidad policial haya tenido a su disposición y, especialmente, la aportada por las organizaciones o entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata.
- b) Información sobre las manifestaciones que la víctima hubiera realizado en respuesta de la información de derechos.
- c) Información sobre la situación administrativa de la víctima en España.
- d) Información sobre las circunstancias personales de la víctima.
- e) Cualquiera otra información que se considere relevante para la resolución.

La propuesta será favorable cuando estime que existen motivos razonables para creer que el extranjero es víctima potencial de trata de seres humanos y, en tal caso, incluirá la duración del periodo de reflexión, que será de al menos treinta días y, en todo caso, suficiente para que la persona extranjera pueda restablecerse y decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y en el procedimiento penal. La propuesta irá acompañada del expediente completo, informe de la autoridad policial sobre la situación administrativa y personal de la misma. Así como de otros que pudieran obrar en el procedimiento y, especialmente, los procedentes de organizaciones dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de las personas víctimas de trata que se hubieran aportado en éste.

Cuando la víctima haya sido identificada por otras autoridades policiales, éstas remitirán, con la mayor brevedad, a la unidad de extranjería del lugar donde se hubiera realizado la identificación, un informe motivado sobre la existencia de indicios razonables de que la persona podría ser víctima de trata de seres humanos, junto con la solicitud de establecimiento del periodo de reflexión y toda la información y documentación de interés para resolver sobre su concesión.

El Delegado o Subdelegado competente resolverá sobre la propuesta de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión y sobre su duración en el plazo máximo de cinco días, transcurrido el cual el periodo

se entenderá concedido por la duración reseñada en la propuesta. Sin embargo, si en el momento de elevarse a la Delegación o Subdelegación de Gobierno la propuesta favorable la víctima se encontrara ingresada en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE)²⁰, la resolución deberá realizarse en el plazo de veinticuatro horas. Dichos plazos serán computados desde la fecha de recepción de la propuesta en la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente.

La resolución sobre el periodo de restablecimiento y reflexión será notificada a la persona interesada, de manera inmediata y por el medio más rápido, por la Delegación o Subdelegación del Gobierno, directamente o a través de la autoridad policial que hubiera realizado la propuesta de concesión, a la que en cualquier caso se dará conocimiento de la resolución. Si dicha autoridad policial no fuera la misma que inició la investigación, la resolución será de igual manera comunicada a esta última, así como a la que tenga a la víctima bajo su custodia.

La resolución, de ser favorable, hará mención expresa, entre otros extremos, a la decisión de suspender temporalmente el procedimiento sancionador que hubiera sido incoado o la ejecución de la medida de expulsión o devolución que hubiera sido acordada en relación con la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley 4/2000. Asimismo, supondrá la propuesta a la autoridad judicial competente de la puesta en libertad del extranjero en caso de que se hubiera acordado la medida cautelar de su ingreso en un CIE. En el supuesto de que el procedimiento sancionador o la medida de expulsión o devolución suspendida fuera competencia de otro Delegado o Subdelegado del Gobierno, se le dará comunicación de la resolución de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión, a los efectos que procedan en virtud de lo establecido anteriormente.

La resolución por la que, en su caso, se conceda el periodo de restablecimiento y reflexión autorizará la estancia del extranjero en territorio

²⁰ Artículo 62 sexies de la Ley 2/2000: «Funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. En cada centro de internamiento de extranjeros habrá un director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior».

español por la duración que se haya determinado para éste. Durante el periodo de restablecimiento y reflexión, la autoridad policial competente, de acuerdo con los criterios establecidos en el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, velará por la seguridad y protección de la persona. Igualmente, garantizará que la misma conozca la posibilidad que le asiste de ser derivada a las autoridades autonómicas o municipales competentes en materia de asistencia social.

En este sentido, el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, en cuanto al período de restablecimiento y protección, señala la siguiente información que debe proporcionarse a la víctima:

- a) Derechos previstos en los artículos 109 y 110 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²¹.
- b) Derechos previstos en la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales²².
- c) Los derechos, en su caso, previstos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual²³. Cuando el tratante sea pareja o expareja de la víctima los derechos contenidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²⁴.
- d) Recursos de asistencia a su disposición para garantizarle, en su caso, alojamiento conveniente y seguro, ayuda material, asistencia psicológica, asistencia médica, servicios de interpretación y asesoramiento jurídico. Asimismo, cuando se cuente con el consentimiento de la víctima, se le facilitará la derivación a las Administraciones autonómicas o locales competentes en materia de asistencia social o a los servicios de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata; en particular, aquellas que proporcionan una asistencia

²¹ Gaceta de 17 de septiembre de 1882.

²² BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994.

²³ BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995.

²⁴ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

- de carácter integral y participan en los programas de las AA PP para la asistencia y protección de las mismas.
- e) En el caso de víctima extranjera en situación irregular se debe informar, por una parte, el derecho a un período de restablecimiento y reflexión de, al menos, treinta días, durante el cual se le facilitará la recuperación física, psicológica y emocional, así como la separación de la influencia de los presuntos tratantes, de manera que pueda tomar una decisión meditada y sopesada de colaborar o no con las autoridades en la investigación y persecución de los autores del delito. Por otra, posibilidad de obtener, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o una autorización de residencia y trabajo por colaboración con las autoridades policiales y judiciales o en atención a sus circunstancias personales.
 - f) En el supuesto de víctima extranjera o comunitaria, posibilidad de solicitar el retorno voluntario.

7. Exención de responsabilidad

La autoridad con la que la víctima de trata de seres humanos estuviera colaborando en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal, podrá proponer al Delegado o Subdelegado competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley 4/2000. No obstante, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá determinar de oficio la exención de responsabilidad.

De determinarse la no exención de responsabilidad, se levantará la suspensión del procedimiento sancionador o de la ejecución de la medida de expulsión o devolución. En el supuesto de que el procedimiento sancionador o la medida de expulsión o devolución suspendida fuera competencia de otro Delegado o Subdelegado del Gobierno, se le dará comunicación de lo decidido sobre la exención de responsabilidad del extranjero a los efectos de archivar el procedimiento, de continuarlo o de revocar la medida de expulsión o devolución decretada. La continuación del procedimiento sancionador estará igualmente condicionada, en caso de que el extranjero inicie un procedimiento de solicitud de

autorización de residencia por circunstancias excepcionales, alegando la concurrencia de un supuesto distinto al previsto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, a la resolución del mismo.

8. Autorización de residencia y trabajo

Determinada, en su caso, la exención de responsabilidad, el órgano que hubiera dictado la resolución en tal sentido informará al extranjero de la posibilidad que le asiste de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad o de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en función de que la motivación resida, respectivamente, en la colaboración de la víctima en la investigación del delito o en su situación personal. De haberse determinado la exención de responsabilidad en base a una doble concurrencia de las circunstancias citadas, se le informará de la posibilidad que le asiste de iniciar sendos procedimientos de solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

La solicitud de autorización, que será presentada ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que hubiera determinado la exención de responsabilidad, podrá ser presentada por el extranjero personalmente o a través de representante. Salvo concurrencia de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 59 bis.4 de la Ley 4/2000 la solicitud irá acompañada de la siguiente documentación:

- a) Copia del pasaporte completo, o título de viaje, en vigor, del extranjero. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción, en vigor.
- b) En su caso, documento público por el que se otorgue la representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno dará traslado inmediato de la solicitud a la Secretaría de Estado competente para su resolución, adjuntado informe sobre la situación administrativa y personal del extranjero y sobre el sentido de la resolución. En caso de que el extranjero

hubiera presentado dos solicitudes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales la Delegación o Subdelegación del Gobierno, en los correspondientes traslados a las Secretarías de Estado competentes, harán constar la existencia de los dos procedimientos.

La remisión de la solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, en caso de incluir informe favorable a la concesión de ésta, supondrá la concesión de autorización provisional de residencia y trabajo por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, para la cual no será necesario que el interesado presente una nueva solicitud. La AA PP comunicará al interesado el traslado de la solicitud a la Secretaría de Estado competente para su resolución y le notificará la concesión o no de la autorización provisional de residencia y trabajo. En este sentido, hay que señalar que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, especialmente cuando se trate de víctimas de trata de seres humanos.

La autorización provisional implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial, y tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización realizada. En el plazo de un mes desde su concesión, el titular de la autorización provisional habrá de solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes, la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Dicha tarjeta hará constar que su titular está autorizado a residir y trabajar en España, pero no su carácter provisional ni su condición de víctima de trata de seres humanos. Empero, dicha tarjeta será renovable con carácter anual.

Resuelto favorablemente el procedimiento sobre la autorización definitiva por el titular de la Secretaría de Estado competente, la autorización de residencia y trabajo tendrá vigencia de cinco años e implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de su titular de acceder en el curso de éstos a la situación de residencia de larga duración, previa solicitud, a cuyo efecto se computará, en su caso, el tiempo durante el que hubiera sido titular de una autorización provisional concedida.

En el plazo de un mes desde su concesión, su titular habrá de solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes, la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Dicha tarjeta hará constar que su titular está autorizado a residir y trabajar en España, pero no su condición de víctima de trata de seres humanos. La denegación de la autorización de residencia y trabajo supondrá la pérdida de vigencia de la autorización provisional que se hubiera podido conceder, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso. En este caso, la titularidad de la autorización provisional no podrá ser alegada de cara a la obtención de la condición de residente de larga duración. No obstante, lo anterior no afectará al derecho que asiste al extranjero de solicitar y disfrutar de protección internacional; es decir, a lo dispuesto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria²⁵.

9. Retorno asistido al país de procedencia

El extranjero podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia en cualquier momento desde que sean apreciados motivos razonables sobre su posible condición de víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de lo que las autoridades competentes en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal pudieran determinar sobre su necesaria permanencia en territorio español de acuerdo con la normativa aplicable a su participación en dicha investigación o procedimiento. Dicha solicitud, dirigida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, podrá ser presentada ante cualquiera de las autoridades competentes en el marco de los procedimientos regulados en el RD 557/2011.

La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración facilitará la gestión y asistencia del retorno voluntario atendiendo a lo establecido en el artículo 16 del Convenio núm. 197 del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de lucha contra la trata de seres humanos. En todo caso, el retorno asistido comprenderá la evaluación, previa a la partida,

²⁵ Vid. KAHALE CARRILLO, D., *El nuevo sistema del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017.

de los riesgos y la seguridad, el transporte, así como la asistencia en los puntos de partida, tránsito y destino. En el supuesto de que se hubiera determinado la necesidad de que el extranjero permanezca en España, la solicitud de retorno asistido será tramitada tan pronto desaparezcan las causas que determinan su obligada permanencia en territorio español.

Bajo este contexto, aquel convenio establece que la Parte de la que sea nacional una víctima o en la que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio de la Parte receptora facilitará y aceptará, teniendo debidamente en cuenta los derechos, la seguridad y la dignidad de esa persona, su retorno sin demora injustificada o irrazonable. En el caso de que una Parte devuelva una víctima a otro Estado, dicha devolución se hará teniendo debidamente en cuenta los derechos, la seguridad y la dignidad de esa persona y el estado de cualquier procedimiento judicial relacionado con el hecho de que se trata de una víctima, y será preferentemente voluntaria. A solicitud de una Parte receptora, una Parte requerida comprobará si una persona es su nacional o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio de la Parte receptora.

Con el propósito de facilitar el retorno de una víctima que no posea la documentación requerida, la Parte de la que sea nacional una persona o en la que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio de la Parte receptora aceptará expedir, a solicitud de la Parte receptora, los documentos de viaje u otra autorización necesaria para permitir a esa persona viajar y entrar de nuevo en su territorio. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y otras medidas necesarias para establecer programas de repatriación con la participación de las instituciones nacionales o internacionales y de las organizaciones no gubernamentales pertinentes. Estos programas estarán dirigidos a evitar la revictimización. Cada Parte deberá hacer todo lo posible para favorecer la reinserción de las víctimas en la sociedad del Estado de retorno, incluida su reinserción en el sistema educativo y en el mercado laboral, en particular mediante la adquisición y perfeccionamiento de su capacitación profesional. Por lo que respecta a los menores, estos programas deberían incluir el disfrute del derecho a la educación, así como medidas que garanticen los cuidados adecuados o una acogida adecuada por su familia o estructuras de asistencia apropiadas.

Asimismo, cada Parte adoptará las medidas legislativas y otras medidas necesarias para poner a disposición de las víctimas, en su caso en colaboración con cualquier otra Parte interesada, información sobre las instancias que pueden ofrecerles ayuda en el país al que sean devueltas o repatriadas, como los servicios judiciales y policiales, las organizaciones no gubernamentales, las profesiones jurídicas que pueden prestarles asesoramiento y los organismos de asistencia social. Las víctimas menores de edad no serán repatriadas a un Estado cuando, tras un estudio sobre posibles riesgos y seguridad, se determine que dicho retorno no redundaría en el interés superior del menor.

10. Extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo de víctimas de trata de seres humanos

La vigencia de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo de víctimas de trata de seres humanos se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo por los siguientes motivos:

- a) Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.
- b) Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de la autorización, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio²⁶. Es decir, los extranjeros que se encuentren en España vendrán obligados a realizar las comparecencias que se acuerden, a cumplir las normas que se dicten sobre renovación o control de autorizaciones de residencia y cédulas de inscripción consular y a observar las demás formalidades que se establezcan. Quienes contravinieren las normas o medidas que se adopten, o actuaren en connivencia con los perturbadores del orden público, podrán ser expulsados de España, salvo que sus actos presentaren indicios de ser constitutivos de delito, en cuyo caso

²⁶ BOE de 5 de junio de 1981.

se les someterá a los procedimientos judiciales correspondientes. Los apátridas y refugiados respecto de los cuales no sea posible la expulsión se someterán al mismo régimen que los españoles.

La autorización de residencia temporal y trabajo de víctimas de trata de seres humanos que sea concedida en base a la colaboración de la víctima en la investigación del delito se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando una resolución judicial determine que la denuncia es fraudulenta o infundada, o en caso de fraude en la cooperación.
- b) Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión.
- c) Cuando su titular reanude de forma activa, voluntaria y por iniciativa propia, las relaciones con los presuntos autores del delito.
- d) Cuando su titular deje de cooperar.

11. Bibliografía

- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- KAHALE CARRILLO, D., *El nuevo sistema del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017.
- SAURA SÚCAR, M., “La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (99), 1 de agosto de 2001.
- TARIBANI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia”, en AA.VV. (Coord. Roqueta Buj, R.), *La protección de la dependencia*, Tirano lo Blanch, Valencia, 2007.



MIGRACIONES, CONTRATO DE TRABAJO
TRANSNACIONAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS
ROLANDO MURGAS TORRAZZA

DR. ROLANDO MURGAS TORRAZZA

Profesor Emérito de la Universidad de Panamá

Miembro de Número y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Miembro fundador y Ex Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del

Trabajo y de la Seguridad Social

Miembro y Ex Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de

la Seguridad Social

Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguri-

dad Social para Norte, Centroamérica y el Caribe

Miembro de Número de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del

Trabajo y la Seguridad Social Guillermo Cabanellas

Miembro del Grupo de los Nueve

1. Las migraciones. Antiguos y nuevos perfiles

Las migraciones han sido una constante en la existencia de la Humanidad. Desde las primeras migraciones que, partiendo de África, llevaron a los grupos propiamente humanos a Europa, Asia, América y Oceanía; los avances de conquista de pueblos poderosos; hasta las migraciones individuales y colectivas de la modernidad.

Con la primera Revolución Industrial y con la quiebra del feudalismo, se acentúan y se hacen más significativas las migraciones internas, en particular del campo a la ciudad.

América ha sido por excelencia un continente de inmigración, aún cuando las características de las mismas ofrecen variantes a lo largo de su historia, así como de país a país.

Sin embargo, las desigualdades en la división internacional del trabajo y en el grado de desarrollo y de riqueza, en buena cuenta fueron factores que modernamente determinaron la existencia de particulares corrientes migratorias, tanto en América como en Europa. Las características de la migración y las diferencias entre un país y otro han ofrecido variantes entre los problemas que generan y las condiciones de trabajo y de vida que deben afrontar los trabajadores migrantes.

No puede considerarse la migración laboral internacional como totalmente desvinculada de las causas y las características mismas de las migraciones internas. De allí que en algunos momentos se llegase a afirmar que es meramente formal la distinción entre migraciones internas e internacionales¹, aunque es de advertir que pese a las coincidencias algún peso diferenciador respecto a la diversidad en el desarrollo regional interno, pueden tener las relaciones de dominación, dependencia o simple desigualdad entre dos o más estados.

La conquista y colonización de América, supuso una oleada de inmigración, que incluyó la traída aberrante de los esclavos africanos, fenómeno este último al que no puede darse la denominación de *migración*. No obstante, supuso el desplazamiento y arraigo de millones de africanos, que luego pasarían a formar parte de la población de nuestros países, de su cultura y de la propia identidad nacional, si bien con grandes dificultades en el caso de los Estados Unidos de América, por la larga prolongación de la esclavitud en ese país.

Durante la colonización y cumplida la misma; y luego con el paso a los estados nacionales, América continuó siendo tierra para la inmigración, en muchos casos alentadas por los gobiernos de varios de nuestros países, como es el caso de la Constitución Argentina de 1853, que expresamente postulaba la necesidad de fomentar la “inmigración europea”, lo que le daba una connotación de selectividad a la inmigración deseada.

En América Latina a partir de los años sesenta cobran mayor fuerza y relevancia las migraciones entre países de la región, en cierta medida como una suerte de internacionalización de las propias corrientes internas de migración rural-urbana.

¹ SINGER, P., cit. por María Adriana de Villegas, *Migraciones e Integración Económica en América Latina*, Ginebra, marzo de 1976, p. 9.

Con posterioridad, podemos encontrar el desarrollo de sostenidas migraciones dentro de la región y también hacia Estados Unidos, Canadá y Europa, como consecuencia de los conflictos bélicos internos, de las extendidas experiencias autoritarias y de situaciones políticas y económicas difíciles.

Europa pasó en las décadas iniciales de la segunda mitad del siglo XX, por una experiencia diferente a la de América Latina, por la existencia de una migración de nacionales de algunos países de ese continente a otros de mayor desarrollo dentro del mismo, en gran medida **reguladas** y **programadas**, que condujo a que las condiciones de los migrantes fuesen mucho mejores que las que debían afrontar, en sus propias migraciones regionales, sus colegas latinoamericanos. La elevación de las condiciones de vida en los países de Europa y el desarrollo de la Unión Europea, ha significado una diferente caracterización de las franjas migratorias, que primero se integraron con significativos grupos provenientes de Asia, África, Oceanía y, en menor medida, de América Latina.

La situación cambia luego con las dramáticas situaciones que viven quienes desde África y el Medio Oriente literalmente huyen del hambre y de las infames secuelas de los conflictos armados. Resulta difícil calificar esa trágica huída de la muerte y la desintegración familiar como un simple fenómeno migratorio, signado por decisiones motivadas por la tradicional búsqueda de una mejor calidad de vida.

En América Latina ha sido y sigue siendo muy pronunciado el fenómeno de los *indocumentados*, que deriva de una frecuentemente masiva pero espontánea e individualizada migración, en especial –pero no solo– la que se dirige hacia los Estados Unidos de América, en este último caso en la búsqueda del llamado *sueño americano*. Las condiciones de pobreza; el aumento en los niveles de desempleo; la mala distribución del ingreso; la explosión demográfica; las consecuencias de los conflictos armados internos y de determinadas situaciones políticas, generan la búsqueda de otros países. La ahora abandonada política de *pies secos*, *pies mojados*, constituyó una denigrante y peligrosa forma de obligar a los cubanos que, por cualquier casusa, deseaban migrar a Estados Unidos de América, a someterse a una llegada como *indocumentados*, si querían alcanzar la codiciada residencia y apoyo económico para instalarse. En cierta forma eran rehenes de un conflicto político entre los dos Estados.

Las magnitudes y caracterizaciones migratorias en América Latina, hoy son muy diferenciadas de las europeas.

Si bien en 2015 el 51% de los inmigrantes a Estados Unidos todavía procedía de América Latina y el Caribe, se han estado incrementando los flujos migratorios a otros países de la región y a la Unión Europea. Se señalan, además los *corredores migratorios* de Guatemala, Honduras y Nicaragua hacia Belice, Costa Rica y Panamá; los haitianos a República Dominicana; trabajadores caribeños y de otras nacionalidades a Trinidad Tobago y a las Islas Bahamas; bolivianos, ecuatorianos, paraguayos y peruanos hacia Argentina; haitianos y paraguayos a Brasil; y los argentinos y peruanos que migran a Chile. También, en especial luego de la crisis financiera de 2008, bolivianos, colombianos, ecuatorianos y peruanos y de otros países de la región, hacia España, Italia, Francia e Italia².

La difícil situación económica y política de Venezuela, ha provocado significativos flujos migratorios por toda América. Panamá se está convirtiendo en un país receptor de migrantes venezolanos, colombianos, dominicanos y nicaragüenses, entre otros.

Como ya expresamos, en cierta medida el flujo migratorio podía ser entendido en parte como una extensión del fenómeno de la migración rural interna hacia las áreas urbanas, que rebasaba entonces el ámbito nacional y alcanzaba países vecinos, en especial a los de mayor desarrollo relativo. Sin duda, hoy tiene mayores alcances.

Por otro lado, las migraciones en las áreas fronterizas no siempre envuelven la intención real de abandonar el país de origen.

Por su propia condición original de desempleado y procedencia de zonas o países de menor desarrollo económico, el trabajador migrante, en especial si tiene carácter de indocumentado, debe afrontar discriminaciones, intolerancias, condiciones inferiores de trabajo y de vida, limitaciones o ausencia de la cobertura de la seguridad social, problemas de adaptación o peor aún de rechazo, desintegración familiar, aprovechamiento abusivo de su fuerza de trabajo o de franca explotación, hasta llegar a situaciones que rayan con relaciones esclavistas de trabajo. De salida, en buena parte de los casos, los migrantes deben

² Marcel Crozet, “Migración laboral en América Latina y el Caribe”, en *Trabajo*, Revista de la OIT, número especial de 2017, Ginebra, 2017.

desempeñar los trabajos más pesados, menos deseados y también los de mayor riesgo.

Aunque la condición de migrante muchas veces conlleva un estado de necesidad, de alguna manera debería suponer una decisión personal no impuesta. Por ello, es difícil asimilar bajo un único concepto lo que tradicionalmente se ha entendido por migrante con las aterradoras y masivas salidas forzadas de africanos y de personas provenientes del Medio Oriente hacia los países europeos, en la desesperación de huir del hambre y de las secuelas de los conflictos armados, que en gran medida han dejado de ser conflictos internos para expresar auténticos conflictos internacionales, con su correspondiente juego de intereses geopolíticos.

Allí no hay una migración expresiva del ejercicio de opciones personales. Sin embargo, por sus magnitudes y más allá de las denominaciones técnicas, puede considerarse que estamos en presencia de nuevas caracterizaciones de la migración.

Se hacen esfuerzos por trazar diferenciaciones entre *migrantes* y *refugiados*.

Así, el Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) define los refugiados como aquellas personas que huyen “para salvar sus vidas o preservar su libertad”. Se señala que los refugiados, a diferencia de los migrantes por razones económicas, tienen derecho a pedir asilo si pueden demostrar que provienen de un país en conflicto donde las circunstancias le obligan a buscar refugio fuera de sus fronteras, o donde existen “fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”, según el Estatuto del Refugiado de la ONU de 1951, modificado en 1967. Por ello, los que van en búsqueda de un trabajo en el exterior no pueden considerarse refugiados³.

Se señala que pese a la falta de una definición de migrante aceptada internacionalmente, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) entiende como migrantes todas aquellas personas que se mueven de sus países por “conveniencia personal” y “como resultado de una decisión

³ El País Internacional 14 de agosto de 2017, *¿Inmigrantes o Refugiados? ¿Qué los distingue?*, <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/08/28/>.

tomada libremente”. La OIM distingue entre migrantes documentados e indocumentados⁴.

Conforme a lo anterior, se puede migrar de un país por desacuerdos con el régimen político o con el gobierno, pero si no se da un elemento de persecución se trataría de un migrante y no de un refugiado.

ACNUR destaca que los refugiados son personas que huyen de conflictos armados o de la persecución⁵. Agregamos que también esa suerte de *migración forzada* puede derivar básicamente de la necesidad de salvarse de morir de hambre, no de la de encontrar mejores condiciones de vida.

Para los migrantes ACNUR estima que ocurre “cuando nos referimos a personas que se trasladan por razones no incluidas en la definición legal de refugiado”⁶.

En ese caos de desesperadas presiones que por centenares de miles tocan las puertas de Europa, Se hace difícil el manejo separado de ambas categorías. ¿Cómo exigir a esas impresionantes masas en desesperada huída del hambre y la violencia, que acrediten su condición de refugiados? ¿No estaríamos en presencia de una nueva forma de migración, en la cual es difícil trazar la línea divisoria con los refugiados?

En semejante escenario, hay alrededor de sesenta millones de personas desplazadas forzosamente a nivel mundial⁷.

Debe tenerse en cuenta que el Convenio 97 (Revisado) de la Organización Internacional del Trabajo considera que, para los efectos de dicho Convenio, trabajador migrante “es toda persona que emigra de un país a otros para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su cuenta propia, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”⁸.

Esta definición identifica el ámbito del Convenio, dirigido a migrantes en búsqueda de un empleo que *prima facie* pareciera indicar referencia a una eventual relación laboral. Es obvio que el fenómeno migratorio tiene muchas más manifestaciones, que alcanzan la ubicación en la

⁴ IBIDEM.

⁵ Adrián Edwards, ACNUR, ¿*Refugiado o Migrante?*, ACNUR www.acnur.org/noticias/.

⁶ IBIDEM.

⁷ IBIDEM.

⁸ Convenio 97 de la OIT (Revisado), artículo 11, numeral 1.

informalidad en sus aspectos de auto empleo y otras manifestaciones de trabajo autónomo, también susceptibles de protección.

El mencionado Convenio 97 excluye (artículo 11 numeral 2), a los trabajadores fronterizos; a los que entran por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; y a la gente de mar (que tiene su propia normativa).

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de la ONU, en su artículo 2, entiende por trabajador migratorio “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. La expresión actividad remunerada es más amplia y abarcadora.

2. La incidencia de las nuevas tecnologías

En las nuevas relaciones económicas internacionales, nuestros países se están encadenando a los procesos de fabricación, a verdaderas redes de producción supranacionales, esquema en el cual aportamos como ventaja comparativa una mano de obra de menor costo.

El escenario de la globalización aumenta sin duda las exigencias de una mayor eficiencia y capacidad de adaptación por parte de las empresas, como resultado de la situación de abierta competitividad a que, cada vez con más fuerza, se ven enfrentadas.

VASQUEZ VIALARD apunta que las posibilidades de exportación de la tecnología producen un desplazamiento de capitales y de bienes e, igualmente, “una relocalización de la producción y, en consecuencia, de los empleos”⁹.

Ya el desarrollo vertiginoso de las TIC’S y la automatización son parte creciente de nuestras realidades y tenemos que actuar en consecuencia, sin olvidar la necesidad de seguir enfrentando situaciones de arrastre, aunque en parte las mismas sienten ahora el efecto de los cambios.

No hay duda de que el teletrabajo puede ser tanto trabajo autónomo como trabajo subordinado y que algunas de sus expresiones son una

⁹ Antonio Vásquez Vialard, “La reforma laboral en Iberoamérica”, ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Panamá, abril de 1998, t. 1, p. 21.

suerte de un nuevo trabajo a domicilio. Se reclama ya el derecho a la *desconexión*, en parte como reacción a las posibilidades tecnológicas que tiene el empleador para ubicar y comunicarse de manera permanente con el trabajador.

Con las nuevas tecnologías son posibles variadas y complejas formas de trabajar para el extranjero desde su propio país, es decir, sin necesidad de migrar. Esto puede hacerse de manera autónoma y también subordinada, esta última por vía de controles, dirección y fiscalización virtuales.

Las nuevas tecnologías rompen todas las fronteras y no podemos anticipar, en parte ni siquiera a corto plazo, hasta cuánto harán cambiar nuestras vidas. No podemos ignorar ni dejar de prepararnos para lo que ha de venir y para enfrentar lo que a gran velocidad e intensidad nos está llegando. Sin embargo, esta incertidumbre no puede conducirnos al deber de enfrentarnos a las realidades actuales, en el contexto de su conexión con el futuro más cercano y más predecible. Tampoco a ignorar las brechas tecnológicas y los desfases entre países desarrollados y los que no lo son. Ciertas elaboraciones sobre el trabajo del futuro, a nuestro juicio, tienden a imaginar un mundo en el cual todos los países tienen los mismos estadios de desarrollo y de alcance a la alta tecnología.

La robotización, la digitalización y demás nuevas tecnologías están cambiando no solo las formas de trabajar, sino la de llevar nuestras vidas, en lo individual, familiar y social.

3. El contrato de trabajo transnacional

3.1 Ideas preliminares

El tema del contrato de trabajo transnacional, tiene relación con varias situaciones que es menester analizar por separado. Su frecuencia es mayor en los escenarios globalizados y con la significativa presencia de las empresas multinacionales.

Por una parte, deben tomarse en consideración las diversas posibilidades de contratación laboral que pueden generar eventuales conflictos de leyes en el espacio, por la presencia de algún *elemento extranjero*,

como lo menciona Gilda Maciel CORREA MEYER RUSSOMANO¹⁰, capaz de producir dudas en cuando a la aplicabilidad de una o más legislaciones nacionales. Se trataría, en diversas modalidades, de problemas típicos del Derecho Internacional Privado del Trabajo.

Por otro lado, nos encontramos, con posible coincidencia con algunos de los supuestos anteriores, con el trabajo en las llamadas empresas *multinacionales* o transnacionales, que, a su vez, son una expresión de los llamados *grupos de empresas*.

En atención a lo anterior, separaremos el análisis de los mencionados aspectos del tema, aunque, igualmente, haremos consideraciones conjuntas de los mismos.

3.2 Prestación de servicios con internalización de la relación de trabajo

Según MEYER RUSSOMANO, los *elementos extranjeros* que permiten internacionalizar la relación de trabajo, son la nacionalidad del trabajador, la nacionalidad, del empleador, el lugar sede de la empresa, el lugar de prestación de los servicios y el foro de celebración del contrato.

Para tal efecto, la distinguida autora presenta cuatro modalidades esenciales de conflicto:

- a El *trabajador extranjero* contratado por un *empleador nacional*, para prestar servicios en el *territorio nacional*.
- b El *trabajador extranjero*, contratado por un *empleador extranjero*, para trabajar en el *territorio nacional*.
- c El *trabajador nacional* contratado por un *empleador extranjero*, para prestar servicios *en el extranjero*.
- d El *trabajador nacional* contratado por un *empleador extranjero*, para prestar servicios en el *territorio nacional*¹¹.

Estas hipótesis esenciales, admiten la combinación con otras, que podrían estar relacionadas con el lugar de la contratación. Puede pensarse, igualmente, en la posibilidad de la contratación de un trabajador nacional, por una empresa nacional, para trabajar en el extranjero.

¹⁰ Gilda Maciel Correa Meyer Russomano, *Direito internacional privado do trabalho*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 93.

¹¹ IBIDEM, pp. 93-94.

La determinación de la legislación aplicable, en los casos en que se presentan *elementos extranjeros o de internacionalización de la relación de trabajo*, suele enfocarse sobre la base de los llamados “*factores de conexión*” o “*puntos de contacto*”, así como la noción de “*actividad característica*”¹².

Es obvio que en los conflictos internacionales de trabajo, no es posible seguir los mismos criterios de solución señalados para los conflictos de legislación de los contratos en general. Coincidimos con MEYER RUSSOMANO, cuando señala la diferente naturaleza de las normas en conflicto, el fin social que las justifica y la constante preocupación de dar al trabajador asistencia jurídica y protección económica, todo lo cual exige un enfoque particular¹³.

El carácter de orden público de las normas de trabajo, debe limitar, por ejemplo, las posibilidades de resolver el conflicto de leyes en el espacio, con la invocación de la legislación elegida por las partes. En la mayoría de los casos, por lo demás, el contrato de trabajo refleja el dominante poder de contratación del empleador, expresado en un auténtico *contrato de adhesión*. El interés superior del Estado en hacer cumplir en su territorio la legislación imperativa, que reconoce como un mínimo indispensable de protección, hace apuntar la solución hacia la territorialidad de la ley laboral. Algunos países la estatuyen expresamente como criterio de solución, entre ellos Panamá, España, Ecuador, México, Brasil, Venezuela.

MORGENSTERN indica que en varios países se ha llegado “a la conclusión que, debido en general a la naturaleza protectora de la legislación laboral, ésta debe aplicarse en su totalidad a los trabajos que se realicen dentro de los mismos”. Agrega que en especial esta interpretación se fundamenta en el “artículo 198 del Código Bustamante, que se entiende en el sentido de que la legislación para la protección social de los trabajadores es de ámbito territorial”. Específicamente se refiere al artículo 444 de la Consolidación de las leyes de trabajo, que impide que las partes excluyan, en relaciones ejecutadas en Brasil, la aplicación de la legislación protectora o de los respectivos convenios colectivos¹⁴.

¹² Felice Morgenstern, “Conflictos internacionales de derecho laboral”, *Informes OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1987, pp. 39-40.

¹³ Meyer Russomano, *Direito Internacional de Direito do Trabalho*, p. 92.

¹⁴ Morgenstern, *Conflictos internacionales de derecho laboral*, p. 61.

ERMIDA URIARTE es también partidario de la aplicación de la territorialidad, principio “impuesto por el carácter imperativo de las normas laborales, destinadas a regir todo trabajo desarrollado en el territorio nacional, deriven o no de un contrato”. Para el maestro uruguayo, no resulta relevante distinguir entre la capacidad, la forma y el contenido respecto del contrato de trabajo. En primer lugar, por el papel secundario que ocupa el contrato respecto de la relación de trabajo. En segundo lugar, por el poco valor de la forma en el contrato de trabajo, que generalmente es de carácter consensual. En tercer lugar, porque tanto la capacidad como los demás aspectos del contrato, están cubiertos por la imperatividad laboral, que hace determinante la aplicación de la ley del lugar de ejecución¹⁵.

Como solución, que compartimos, ERMIDA URIARTE indicaba que prevalece la aplicación combinada de la norma del lugar de *ejecución del trabajo*, con la de la *norma más favorable* al trabajador¹⁶.

KROTOSCHIN no estima la regla de la norma más favorable como un criterio especial para la solución de los problemas de derecho internacional privado de trabajo, porque “regularmente no se admite dar preferencia a un derecho por la sola razón de que sea más favorable al trabajador”¹⁷. En todo caso, la posición de ERMIDA URIARTE es la de una aplicación *combinada* de los dos criterios, lo cual nos parece atendible.

Lo anterior conduce a que el criterio básico de solución de los conflictos de aplicación de la legislación laboral, es que se resuelvan por la aplicación imperativa de la ley del país en donde se ejecuta el trabajo, salvo la aplicación (por elección de las partes u otros supuestos) de normas más favorables.

De esta manera quedaría fijada la regla básica, independientemente del lugar de celebración del contrato o de la nacionalidad de cualquiera de las partes. Así se definiría el conflicto de leyes en el espacio en buena parte de las relaciones jurídicas con *elementos extranjeros* o de carácter *internacionalizado*. Sin embargo, existen casos en los cuales

¹⁵ Oscar Ermida Uriarte, *Empresas multinacionales y derecho laboral*, Ed. Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, p. 165.

¹⁶ IBIDEM.

¹⁷ Ernesto Krotoschin, *Instituciones de derecho del trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 721.

la ejecución del trabajo, con diversas modalidades, tiene lugar en más de un país. Además, se da el caso de países que toman providencias para la aplicación de su legislación a trabajos en el extranjero. Ambas situaciones las examinamos por separado.

3.3 Ejecución del trabajo en varios países

Bajo distintas modalidades, es posible que la prestación del servicio tenga lugar en más de un país, lo que hace que la regla de la territorialidad no siempre sea suficiente.

3.3.1 Trabajadores de naves y aeronaves

En estos casos, si el transporte es internacional, se trata de la prestación de servicios en varios países o en aguas o el espacio aéreo internacional, pero a bordo de una nave o de una aeronave. Básicamente, esta situación se resuelve con la aplicación de la legislación laboral del país donde la nave o la aeronave se encuentra registrada, esto es, por la ley de la bandera. Sin embargo, este criterio no siempre es aceptado¹⁸.

Si se trata de instalaciones marítimas flotantes que no son propiamente barcos, en general se asimilan a las naves, en cuanto son susceptibles de desplazamiento. Si se trata de instalaciones marítimas fijas, fuera de aguas territoriales, no resulta aplicable el mismo criterio y se da la tendencia a la aceptación de la legislación del establecimiento principal de la empresa, aunque con excepciones¹⁹.

Cuando se trate de trabajo en naves que desarrollan su actividad exclusivamente en aguas territoriales de un país, pareciera ser discutible la aplicación de la legislación laboral de la bandera, por cuanto la ejecución del trabajo se da en un solo país. De esta manera, el factor de “*conexión*” más importante es el del lugar de prestación del servicio, mientras que el país de la bandera sería el equivalente de una empresa extranjera con operaciones en ese país.

¹⁸ Véase Morgenstern, *Conflictos...*, p. 55-57.

¹⁹ IBIDEM, pp. 57-59.

3.3.2 *Ejecución alterna del trabajo en varios países, para una empresa establecida en un país*

Es el caso en que el contrato se celebra con una empresa (que puede ser o no una multinacional), pero la naturaleza de los servicios exige constantes o frecuentes viajes o giras a varios países, sin que se esté en los supuestos de los traslados temporales o permanentes. Se trata básicamente que el trabajo contratado se ejecute en varios países. Esta situación es común en el transporte por ferrocarril o carreteras; agentes, viajantes o representantes de comercio; directivos o técnicos que se desplazan a varios países en labores de representación o asesoría; artistas; trabajadores de circos y de empresas de juegos mecánicos; etc.

Lo más atendible nos parece que sería la aplicación de la legislación laboral del país donde la empresa tenga su sede principal, salvo el caso de normas imperativas, de orden público absoluto, como las dirigidas a la protección de la persona misma del trabajador. Por ejemplo: jornada, descansos, maternidad, edad mínima, etc.

3.3.3 *Trabajadores trasladados temporal o permanentemente*

Más vinculado al tema de las *transnacionales* o *multinacionales*, con actividades en varios países, es el caso de los trabajadores que llegan a prestar servicios en sedes situadas en diferentes países, de la misma empresa o grupo de empresas. Esto puede suceder en virtud de traslados *temporales* o bien de traslados *permanentes*.

Sin perjuicio de los posteriores comentarios a propósito del trabajo para empresas multinacionales o transnacionales, que, a su vez, tiene que ver con los llamados *grupos de empresas*, haremos por ahora un breve análisis de los traslados.

En cuanto al traslado *temporal*, si bien se discute hasta cuánto puede durar la temporalidad, en general se tiende a la aceptación de la aplicación de la legislación previamente aplicable²⁰. Sin embargo, hacemos la observación acerca de la posible aplicación territorial de las normas dirigidas a la protección de la *persona* del trabajador. En este sentido,

²⁰ Morgestern, Conflictos..., p. 48.

nos parece de importancia que en este último tipo de normas, como las relativas a jornada, descansos, maternidad, edad mínima, etc., debe respetarse la protección mínima de la ley territorial, si la misma resulta más favorable

En lo que se refiere al traslado *permanente* o de *larga duración*, más frecuente en los llamados *grupos de empresas*, MORGENSTERN indica que, como norma básica, “a falta de elección en contrario por las partes los empleados destinados o trasladados a otro país para un período indefinido quedan sujetos a la ley del nuevo lugar de ejecución”²¹.

Sobre esta última situación, volveremos más adelante, pero conviene consignar aquí, la posibilidad, en la forma antes mencionada por ERMIDA URIARTE, de la aplicación *combinada* de la legislación del lugar de ejecución del trabajo, con la de la norma más favorable, en especial en los supuestos a que hicimos referencia a propósito de los traslados temporales.

4. Aplicación excepcional de la legislación nacional a servicios prestados en otro país

Una situación especial se plantea por los esfuerzos de algunas legislaciones de proteger a sus nacionales, cuando son contratados para ejecutar trabajos en el extranjero.

Tal supuesto previsto en el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores de España, que impone su cumplimiento a las empresas españolas que contraten trabajadores españoles para trabajar en el extranjero. Se trata aquí del caso particular de aplicación de la legislación laboral fundada en la nacionalidad de las partes, combinada con el del lugar de celebración del contrato. Sin embargo, la misma norma señala que la aplicación de la legislación española se aplicará “sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo”.

Si el eventual conflicto entre las partes lo decide un tribunal español, aplicaría sin duda la legislación de ese país, con la posibilidad de la aplicación de normas de orden público del lugar de trabajo, al menos

²¹ IBIDEM, p. 50.

en lo que resulten más favorables. ALONSO OLEA indica que la ley española actúa como condición mínima, “lo que quiere decir que las partes pueden optar, si es más favorable para el trabajador, al amparo de CC art. 10.6, por la ley del lugar de ejecución”²². La interrogante surge para el caso en que el conflicto resulte planteado en los tribunales del país de ejecución del trabajo, en particular si en este último la legislación dispone la territorialidad de su legislación o la misma resulta por otras vías aplicable. ¿Se combinaría, entonces, siguiendo el planteamiento de ERMIDA URIARTE, la ley territorial con la norma más favorable? ¿Cuál criterio de aplicación combinada se seguiría, fraccionando cada legislación, en conjunto o por institución?

En Venezuela, donde rige la territorialidad y el carácter de orden público de la ley laboral (establecida en los artículos 10 y 15 de la anterior Ley Orgánica del Trabajo), ahora el artículo 3 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, no sólo mantiene la aplicación de la legislación nacional al trabajo prestado en el país, sino que igualmente lo extiende al “*convenido*” en el mismo. De esta manera, sean nacionales o extranjeros los trabajadores cuyos contratos se celebren en Venezuela, resultaría aplicable la legislación de este país, a pesar de que los servicios se presten en el extranjero. Se presentarían en este caso las mismas interrogantes arriba planteadas respecto de la legislación española.

La jurisprudencia venezolana ha señalado, por otro lado, que si la prestación del servicio se inició en el extranjero, pero terminó en Venezuela, debe tomarse en cuenta el tiempo transcurrido en el exterior²³.

La jurisprudencia panameña sostiene lo contrario, lo cual no compartimos.

La legislación de algunos países contiene normas para la contratación de sus nacionales con destino a servicios en el extranjero y se llega a establecer algún grado de control o de injerencia sobre el contenido de las respectivas contrataciones. Como ejemplos, pueden citarse Colombia (art. 72 Código Sustantivo del Trabajo); Guatemala (art. 34 Código de

²² Manuel Alonso Olea, *El Estatuto de los Trabajadores – Texto y Comentario Breve*, Civitas, Madrid, 1980, p. 21.

²³ Véase Héctor Armando Jaime Martínez, *Título I Normas Fundamentales*, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*, 3ª ed., Jurídicas Rincón, Barquisimeto, 2001, tomo I, p. 13.

Trabajo); y Panamá (arts. 98 y 99 Código de Trabajo). Estas normas pueden combinarse, igualmente, con la atribución de la competencia para el conocimiento de los conflictos de trabajo, como ha sido el caso de Panamá.

5. Contrato de trabajo con transnacionales

Debe destacarse que las multinacionales normalmente operan en varios países mediante la constitución de personas jurídicas diferentes en cada uno, filiales que vienen a ser parte integrante del grupo de empresas. Allí es donde las normas o criterios sobre unidad del empleador, requieren de una aplicación extensiva, esto es, con efectos internacionales, lo cual no siempre se logra en la jurisprudencia.

OJEDA AVILÉS, con mucho tino, subraya que el problema es que las empresas multinacionales se “aferran al chauvinismo legislativo que prevalece en todo el mundo para evadir su responsabilidad con las filiales que han creado en los países receptores”. Agrega que “la postura tendría cierta justificación si las filiales gozaran de completa autonomía para decidir sobre su destino; sucede, por el contrario, que las utilizan como plataformas provisionales dentro de su estrategia mundial, y la propia existencia de ellas depende de la casa madre en el país sede”²⁴.

Los abusos de las transnacionales en el aprovechamiento de la mano de obra, con la invocación de la territorialidad de la legislación laboral en países de pobre o insuficiente protección del trabajador, sobre todo en lo que respecta a los derechos colectivos, ha dado lugar al tema del llamado *dumping social* y su relación con la cláusulas sociales.

A continuación expresamos algunas consecuencias básicas, resultantes de entender a las multinacionales o transnacionales como un grupo de empresas.

5.1 Unidad del empleador

Si se aplican las reglas doctrinalmente aceptadas sobre los grupos de empresas, que incluso varias legislaciones acogen al menos para los

²⁴ Antonio Ojeda Avilés, “Sindicalismo europeo: su crisis, sus alternativas”, en *Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, pp. 153-154.

grupos de empresas nacionales, habría que concluir que más allá de los fraccionamientos o división jurídica en varias sociedades, es posible identificar en la multinacional un solo empleador.

5.2 Unidad de la relación laboral

Aplicados los mismos criterios, si se labora en varios países, habría que concluir también que se trata de una misma relación de trabajo, aunque formalmente se divida en sucesivos contratos con distintas personas jurídicas.

Como consecuencia de esta conclusión, surgiría la acumulación de toda la antigüedad, sin fraccionamientos de ningún tipo, lo cual comprendería, entre otras cosas, la consideración del tiempo total de servicios, para los efectos del cálculo de la indemnización por despido y demás indemnizaciones por antigüedad.

5.3 Responsabilidad solidaria

Si se trata de entender al grupo de empresas como un solo empleador, la consecuencia es la responsabilidad solidaria de la empresa madre y todas las filiales. Esta responsabilidad solidaria, surgiría en la medida en que el respectivo país la establezca para las sociedades integrantes del grupo de empresas²⁵.

ERMIDA URIARTE pone en duda la existencia de una verdadera responsabilidad solidaria, porque estima que la solidaridad supone una pluralidad de deudores y que con las multinacionales estamos en el supuesto de un *deudor único*, que es el *conjunto multinacional*. Reitera que no es necesario hablar de solidaridad sino de deudor único con varias caras.

²⁵ En República Dominicana, por ejemplo, esto no es siempre posible, porque la legislación la limita a los casos de fraude (Véase Rafael Alburquerque, *Derecho del trabajo*, Editora Lozano, Santo Domingo, 1995, tomo I, p. 269).

²⁶ ERMIDA URIARTE, *Empresas multinacionales y derecho laboral*, p. 147.



¿A QUIÉNES BENEFICIAN LAS MIGRACIONES?

DRA. MIRYAM C. GONZÁLEZ RABANAL
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
mcgonzalez@cee.uned.es

DR. JUAN FRANCISCO DEL BRÍO CARRETERO
Universidad Carlos III de Madrid
jbrio@eco.uc3m.es



SUMARIO: Introducción. Cuantificación del fenómeno en España. ¿A qué realidad demográfica nos podemos enfrentar en el futuro? ¿Seguiremos necesitando de la inmigración exterior para crecer?. ¿Es posible atraer a los inmigrantes que necesitamos?. ¿A quiénes benefician las migraciones? ¿Qué se puede concluir de este análisis?. Bibliografía.

RESUMEN: Este trabajo aborda los efectos de las migraciones de carácter económico. Para ello, se perfila el concepto de migrante económico y se cuantifica el fenómeno de la migración económica en España en los últimos años, en el marco de la profunda crisis económica sufrida, constatando que los saldos migratorios han cambiado de signo en sincronía con la evolución económica. La previsible evolución de la situación demográfica española lleva a la conclusión de que nuestra economía necesitará de flujos positivos de inmigrantes para poder crecer y hacer frente a los gastos que nuestro Estado de Bienestar requerirá en el futuro. En el trabajo se analizan los factores de los que dependen los flujos migratorios y se describen los efectos económicos que las migraciones producen, tanto en los países emisores, como en los receptores. La conclusión principal es que las migraciones económicas, con sus pros y sus contras, acaban beneficiando a ambos y, de forma concreta, a los protagonistas de las mismas. Por tanto, es necesario implementar políticas públicas que fomenten los factores que facilitan la atracción de nuevos inmigrantes y posibilitan su integración económica y social.

ABSTRACT: This paper deals with the effects of economic migrations. To do so, we outline the concept of economic migrant and quantify the phenomenon of the migration occurred in Spain for the last years due to the deep economic crisis suffered. This leads to demonstrate that the sign, positive or negative, of migratory balances has changed according to the economic evolution. The predictable demographic situation of Spain shows that our economy will need positive flows of immigrants to face the increasing expenses our Welfare State will require in a not so far future. Furthermore, this paper analyses the factors affecting the migratory flows and describes the economic effects that migrations produce in both the sending and the receiving countries. The main conclusion is that economic migrations, with their pros and cons, end up benefiting overall both countries as well as the migrant himself. It is therefore necessary to implement public policies that promote and attract new immigrants by enabling their economic and social integration.

PALABRAS CLAVE: Migraciones, efectos económicos de las migraciones, gestión de las migraciones, sostenibilidad de los sistemas de pensiones, flujos migratorios, integración de los inmigrantes.

KEY WORDS: Migrations, economic effects of migration, migration management, sustainability of pension systems, migration flows, integration of immigrants.

Introducción

Los recientes acontecimientos ocurridos en el Reino Unido como consecuencia del Brexit han puesto de manifiesto que las implicaciones de las migraciones no permanecen al margen de las decisiones de los políticos, ni siquiera cuando los movimientos de población se producen entre países con un nivel de desarrollo similar y son de naturaleza voluntaria, es decir, ajenos a las persecuciones de carácter étnico, religioso o político.

Las migraciones son tan antiguas como la historia de la humanidad porque el hombre siempre ha buscado su supervivencia en las mejores condiciones posibles. Lo novedoso es, quizás, la globalidad del fenómeno y la reversibilidad del mismo en un marco de tiempo relativamente corto. Eso explica, por ejemplo, que España -que en los años 60 del pasado siglo era un país emisor neto de emigrantes- se convirtiera después en un receptor neto de población foránea y que -como consecuencia de la reciente crisis económica de 2008- viera cómo el saldo neto de sus flujos migratorios revertía de nuevo el signo, permitiendo el retorno de los inmigrantes recibidos en la década anterior y viendo cómo jóvenes españoles altamente cualificados “se veían obligados” a abandonar su país en busca de un empleo digno y acorde con su nivel de preparación. Esta pérdida de capital humano es una de las señales de alarma ante las que los responsables políticos deben reaccionar si no quieren ver, como se señalará más adelante, cómo la capacidad de crecimiento futuro de sus países se ve fuertemente constreñida.

Además, los actuales movimientos de población son, con carácter general, mucho **más globales**, como consecuencia de los avances en los medios de transporte y en las comunicaciones y tienden a estar **más concentrados**, no sólo desde el punto de vista de los asentamientos, sino de los lugares de procedencia de los flujos. **Globalidad, concentración y predominio de los movimientos de carácter voluntario** (fundamentalmente por motivos

económicos), frente a los de naturaleza forzosa, son los rasgos de los flujos de personas recientes.

Por otro lado, en ellos destaca la presencia de **nuevos actores** -como las **ONG** y las **redes** de acogida- que determinan en buena medida los destinos de la población emigrante y las condiciones en las que la misma afronta el asentamiento en el lugar de destino. Son las redes las que explican por qué existen núcleos importantes de población de una misma nacionalidad que residen en una misma zona o región, y son las ONG las que facilitan -en no pocas ocasiones- la integración de los inmigrantes en los países de destino, especialmente en los casos en los que a las dificultades de cualquier proceso migratorio se añade el desconocimiento del idioma.

Por otro lado, las multinacionales y los procesos de deslocalización asociados a sus modos de producción, que buscan la competitividad internacional y la ventaja comparativa, producen como consecuencia el cambio de lugar de residencia de sus trabajadores, de nuevo por razones económicas.

Aunque las siguientes reflexiones se referirán fundamentalmente a los movimientos de población de carácter voluntario, también se debe destacar que los movimientos de población contemporáneos se producen en un **contexto más tensionado**, en el que los brotes nacionalistas han derivado hacia conflictos étnicos y han provocado no pocos desplazamientos forzados de personas, que coexisten junto a aquéllos de naturaleza fundamentalmente económica. También se marginan del presente análisis los movimientos de población de **carácter interno** al propio país¹ y aquéllos protagonizados por personas que gozan **de alto poder adquisitivo** (deportistas de élite, directivos de empresas multinacionales), circunscribiendo el fenómeno migratorio **a los movimientos de población de carácter transnacional, protagonizados por personas con limitados recursos previos, que se dirigen a un país desarrollado en busca de un nivel de vida mejor que el**

¹ La Organización Internacional para las Migraciones considera desplazamientos internos los protagonizados por personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a huir o dejar su lugar de residencia habitual, particularmente como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de una situación de violencia generalizada, o de violación de los derechos humanos, y que no han atravesado una frontera de un Estado internacionalmente reconocido.

que tenían en su país de procedencia. Se habla, pues, del **migrante económico**, es decir, de la persona que, habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual, busca mejorar su nivel de vida, en un país distinto al de origen.

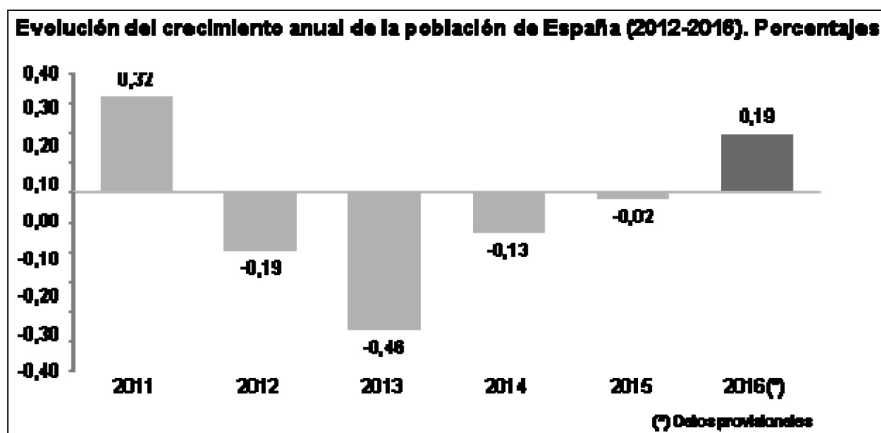
Finalmente, siendo conscientes de la importancia que el marco jurídico tiene a la hora de estudiar las migraciones, el objetivo del presente análisis es la consideración de las **dimensiones económicas** de las migraciones. Para ello no hay que olvidar que, además de los protagonistas de los desplazamientos y de sus familias, el contexto económico de los países emisores, receptores y de tránsito juega un importante papel en el desarrollo de las migraciones y en las condiciones que afectan a los migrantes.

CUANTIFICACIÓN DEL FENÓMENO EN ESPAÑA

Para tener una visión más aproximada del fenómeno migratorio en España, es importante cuantificar sus dimensiones². Los últimos datos publicados por el INE³ revelan que el **saldo migratorio** en 2016 fue positivo, de 89.126 personas: hubo 417.033 inmigrantes y 327.906 emigrantes, si bien es cierto que la salida de españoles hacia el extranjero fue mayor que la entrada, es decir, seguimos perdiendo capital humano nacional, aunque a un ritmo menor del de 2015, lo cual puede ser un indicador de que la crisis económica aún no se ha superado y de que persisten entre nuestros jóvenes las dificultades para encontrar un empleo adecuado a su nivel de cualificación. El balance global de los flujos migratorios fue que la inmigración aumentó un 21.9%, al tiempo que la emigración descendió un 4.6% respecto al año anterior.

² Un excelente estudio de la relación entre evolución de la población en España y desarrollo socioeconómico puede consultarse en el Anexo A: *Desarrollo socioeconómico y demográfico de España en relación a Europa. La salud colectiva. Causa y consecuencia del desarrollo económico y bienestar social*, de la Tesis de GÓMEZ FRANCO, T. titulada: *La protección de la Salud desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, en el que el autor relaciona ambos -desde el siglo XVIII hasta nuestros días-, realizando incluso proyecciones hasta 2023. (UNED, noviembre, 2015).

³ Nota de prensa. *Cifras de población 1-1-2017 y Estadística Migraciones 2016* (provisionales).



Fuente: INE
*Datos provisionales.

MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EXTERIORES (PROVISIONALES) 2016

| | Inmigración | Emigración | Saldo migratorio |
|-----------------------|-------------|------------|------------------|
| Total | 417.033 | 327.906 | 89.126 |
| De españoles | 62.572 | 86.112 | -23.540 |
| De extranjeros | 354.461 | 241.795 | 112.666 |

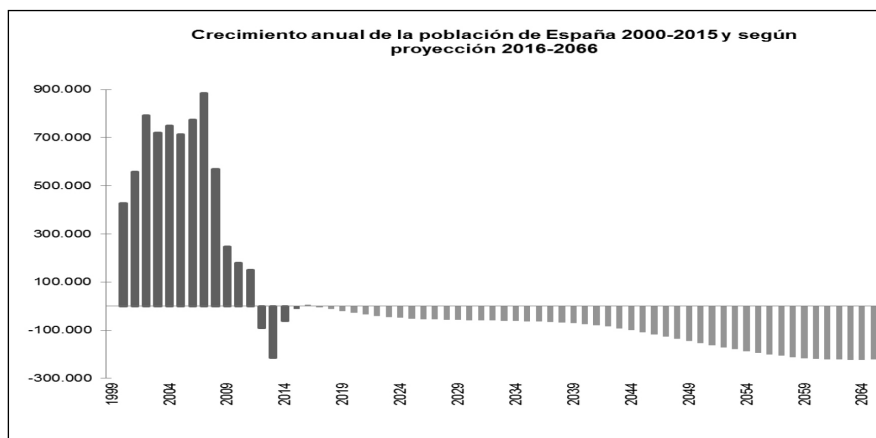
Fuente: INE. La suma de los datos desagregados puede diferir del total debido al redondeo.

Saldo migratorio = Inmigraciones - Emigraciones

La población residente en España creció en 2016 por primera vez desde 2011. Se situó en enero de 2017 en 46.528.966 habitantes, con un incremento de 88.867 personas, y la población total se incrementó en un 0.19% durante 2016, siendo también el primer crecimiento desde el año 2011. Este dato es **importante** si se tiene en cuenta que las **posibilidades de crecimiento de una economía** dependen muy principalmente de su capital humano y del territorio, ya que el resto de elementos, como pueda ser la tecnología, está condicionado por el factor humano. De hecho, disponer de una población económicamente activa, es decir, con capacidad legal, deseos de trabajar y convenientemente capacitada para ello (o, lo que es lo mismo, portadora de capital humano) es el elemento

clave para desplegar la tecnología necesaria que permita el crecimiento de la productividad y de la renta el cual, finalmente, determina el grado de desarrollo y prosperidad de las economías.

A la vista de estas cifras podemos extraer una primera conclusión:



Fuente: INE

durante 2016 se mantiene la tendencia iniciada en el año anterior en lo que al saldo migratorio se refiere. Es el segundo año consecutivo con un saldo migratorio positivo, tras cuatro años de saldo negativo. Se confirma así un claro cambio de tendencia.

Sin embargo, la emigración española hacia el exterior aún pone de manifiesto la pérdida de capital humano. También se constata el descenso de los residentes españoles nacidos en España (-27.076) y el aumento de los nacidos fuera de nuestras fronteras (3.536), al tiempo que los residentes extranjeros nacidos en España han disminuido (-6.908) y han aumentado los nacidos en el extranjero (119.574).

El aumento en 2017 de la **población extranjera residente en España** se explica por la adquisición de la nacionalidad española. También este dato puede servir para ilustrar el **proceso de integración** en nuestra sociedad de los inmigrantes.

Otro hecho relevante es el **protagonismo de las diferentes nacionalidades** en dichos agregados. Las cifras del INE revelan que en 2016 los inmigrantes han procedido principalmente de Marruecos (29.986), Rumanía (28.859) y Colombia (22.850), país que protagonizó, junto a Venezuela, los **mayores saldos migratorios positivos**.

En cuanto a las salidas, las nacionalidades de los extranjeros que dominaron la emigración fueron: Rumanía (52.834) y Marruecos (22.921), que son los colectivos mayoritarios entre la población extranjera residente.

Por otro lado, el **saldo migratorio de extranjeros en 2016**, es decir, la diferencia entre los inmigrantes y los emigrantes extranjeros fue positivo por segunda vez (112.666 personas), desde 2010.

¿A QUÉ REALIDAD DEMOGRÁFICA NOS PODEMOS ENFRENTAR EN EL FUTURO?

Si tenemos en cuenta las proyecciones demográficas del INE para el período 2016-2066⁴, España perderá algo más de medio millón de habitantes en 2031 y 5.4 millones hasta 2066 y esta **pérdida será especialmente significativa en el colectivo de edades comprendidas entre los 30 y los 49 años**, que suele coincidir con la etapa de mayores rendimientos en el ámbito laboral. **Éste es otro dato relevante** de cara a la capacidad de crecimiento de nuestra economía que no debemos perder de vista. Al mismo tiempo, **los grupos de población comprendidos entre los 60 y los 84 años aumentarán significativamente su importancia en el conjunto de la población española**. De nuevo, las previsiones ponen de manifiesto la importancia del **envejecimiento del envejecimiento**, asociado a la mejora en la esperanza de vida de los españoles.

⁴ Realizadas, por otra parte, manteniendo las tendencias demográficas actuales, lo cual puede resultar un escenario no excesivamente realista.

Proyección de la población residente en España por grupos de edad en 2031 y 2066

| Grupos de edad | 2016 | 2031 | Crecimiento 2016-2031 | 2066 | Crecimiento 2016-2066 |
|----------------|------------|------------|-----------------------|------------|-----------------------|
| TOTAL | 46.438.422 | 45.886.177 | -552.245 | 41.068.643 | -5.369.779 |
| 0 a 4 años | 2.200.892 | 1.690.956 | -509.937 | 1.489.459 | -711.433 |
| 5 a 9 años | 2.476.890 | 1.777.314 | -699.577 | 1.535.873 | -941.017 |
| 10 a 14 años | 2.345.166 | 1.975.051 | -370.115 | 1.627.232 | -717.934 |
| 15 a 19 años | 2.185.067 | 2.268.133 | 83.066 | 1.779.873 | -405.194 |
| 20 a 24 años | 2.280.074 | 2.613.810 | 333.735 | 1.963.437 | -316.637 |
| 25 a 29 años | 2.562.881 | 2.565.052 | 2.171 | 2.070.364 | -492.517 |
| 30 a 34 años | 3.098.744 | 2.403.837 | -694.907 | 2.077.208 | -1.021.536 |
| 35 a 39 años | 3.847.932 | 2.417.895 | -1.430.037 | 2.083.222 | -1.764.710 |
| 40 a 44 años | 3.924.265 | 2.589.970 | -1.334.295 | 2.155.140 | -1.769.125 |
| 45 a 49 años | 3.712.227 | 3.018.331 | -693.897 | 2.313.381 | -1.398.847 |
| 50 a 54 años | 3.460.752 | 3.668.220 | 207.468 | 2.518.034 | -942.718 |
| 55 a 59 años | 3.073.635 | 3.709.615 | 635.980 | 2.712.380 | -361.255 |
| 60 a 64 años | 2.568.517 | 3.462.786 | 894.269 | 2.549.645 | -18.872 |
| 65 a 69 años | 2.348.384 | 3.178.647 | 830.263 | 2.314.669 | -33.715 |
| 70 a 74 años | 1.975.841 | 2.739.694 | 763.853 | 2.231.348 | 255.506 |
| 75 a 79 años | 1.584.541 | 2.156.623 | 572.082 | 2.247.000 | 662.459 |
| 80 a 84 años | 1.431.100 | 1.730.497 | 299.397 | 2.365.687 | 934.587 |
| 85 a 89 años | 889.533 | 1.127.432 | 237.900 | 2.369.244 | 1.479.712 |
| 90 a 94 años | 371.283 | 534.475 | 163.193 | 1.623.784 | 1.252.501 |
| 95 a 99 años | 84.238 | 217.103 | 132.865 | 819.558 | 735.320 |
| 100 y más años | 16.460 | 40.737 | 24.277 | 222.104 | 205.645 |

Fuente: INE

Ello es consecuencia de la evolución de la esperanza de vida al nacer, que será de 83.2 años en el caso de los varones (frente a los 79.9 actuales) y de 87.7 en las mujeres (frente a los 85.4 actuales), lo cual significa que el **problema del envejecimiento del envejecimiento** se agravará, con las consecuencias que ello tiene en la **tasa de dependencia de la población** y en la **viabilidad financiera del sistema de bienestar**, especialmente en lo que se refiere a las pensiones, las prestaciones por dependencia, la sanidad o determinados componentes de los servicios sociales.

Proyección de la esperanza de vida al nacimiento y a los 65 años

| Años | Esperanza de vida al nacimiento | | Esperanza de vida a los 65 años | |
|------|---------------------------------|---------|---------------------------------|---------|
| | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres |
| 2015 | 79,94 | 85,41 | 18,81 | 22,67 |
| 2016 | 80,26 | 85,71 | 19,08 | 22,97 |
| 2021 | 81,31 | 86,41 | 19,72 | 23,55 |
| 2026 | 82,30 | 87,08 | 20,37 | 24,13 |
| 2031 | 83,23 | 87,74 | 21,01 | 24,70 |
| 2036 | 84,12 | 88,37 | 21,64 | 25,26 |
| 2041 | 84,97 | 88,98 | 22,27 | 25,80 |
| 2046 | 85,79 | 89,57 | 22,89 | 26,34 |
| 2051 | 86,57 | 90,14 | 23,5 | 26,86 |
| 2056 | 87,32 | 90,69 | 24,09 | 27,37 |
| 2061 | 88,04 | 91,22 | 24,68 | 27,86 |
| 2065 | 88,60 | 91,64 | 25,13 | 28,25 |

Fuente: INE

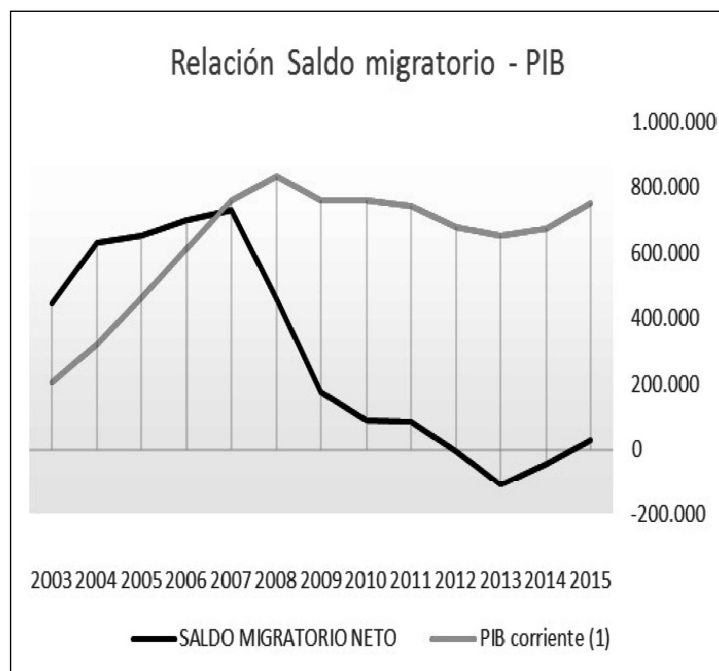
Además, el porcentaje de población de 65 o más años, que actualmente es del 18.7%, alcanzará el **25.6% en 2031** y el **34.6% en 2066**. Es decir, **los pensionistas se incrementarán de forma notoria**.

¿SEGUIREMOS NECESITANDO DE LA INMIGRACIÓN EXTERIOR PARA CRECER?

Como sabemos, la relación entre PIB y población es muy estrecha. Así se puede constatar a partir de la evolución de ambas variables proporcionada por el INE, que nos ha permitido obtener la gráfica siguiente:

En ella se observa que la caída brusca del saldo migratorio (2007) se anticipa al descenso del PIB (2008) y que la recuperación de la economía explica el cambio de tendencia de los flujos migratorios (2013), que no empiezan a ser positivos hasta 2015.

Ante este panorama **cabe preguntarse si la población española será capaz de hacer frente a las consecuencias derivadas de una población envejecida**, alcanzando la **tasa de fecundidad** de reemplazo, que se estima en 2.1 hijos por mujer. Pues bien, también las previsiones del INE en este caso son poco halagüeñas. La proyección realizada contempla **que la fecundidad de las mujeres mantendrá una ligera, pero insuficiente, tendencia al alza**. Así, el número medio de hijos por mujer sería de 1,36



en 2031 y de 1,38 al final del período proyectado, frente al 1,33 actual. Por tanto, el avance del envejecimiento demográfico dará lugar a un **incremento significativo de la tasa de dependencia**, es decir, del cociente entre la población menor de 16 años y mayor de 64 (los económicamente inactivos) y la población de 16 a 64 años (los potencialmente activos). Llama la atención que **el retraso de la edad de jubilación a los 67 años**, consecuencia de la reforma de las pensiones, **no haya sido tenido en cuenta por el INE a la hora de realizar estas proyecciones**. Obviamente, este factor normativo afectará positivamente a la tasa de dependencia.

En conclusión, según las proyecciones del INE, desde el punto de vista demográfico, el **previsible escenario** al que nos enfrentamos se vislumbra poco esperanzador: está caracterizado por una **menor población**, especialmente en edad laboralmente activa, por el predominio de una población **más envejecida**, con una **esperanza de vida también mayor**, un **incremento de la tasa de dependencia** y escasas posibilidades de que las **pautas demográficas de natalidad puedan experimentar cambios significativos**.

La solución parece pasar inevitablemente por lograr que vengan ciudadanos del resto del mundo, es decir, **conseguir un saldo migratorio positivo**; que, además, estos inmigrantes sean jóvenes, con capacidad para insertarse regularmente y sin dificultad en el mercado de trabajo; con tasas de natalidad superiores a las nuestras y, *a ser posible*, **con menor esperanza de vida, lo cual sucederá estadísticamente con una gran probabilidad**⁵.

¿ES POSIBLE ATRAER A LOS INMIGRANTES QUE NECESITAMOS?⁶

La respuesta a este interrogante requiere conocer las causas que determinan el deseo de las personas para emigrar y cómo se pueden evitar o, al menos, atenuar los efectos negativos asociados a las migraciones.

Sin negar que la prolongación de la esperanza de vida es una conquista de los avances médicos y de la calidad de vida de las sociedades más desarrolladas, éstas no pueden permanecer impasibles a las **importantes consecuencias económicas** que se derivan de dichos hechos, no sólo para la **sostenibilidad financiera de sus sistemas de bienestar, sino para su sistema productivo y su capacidad de crecimiento**.

Por ello es conveniente hacer un repaso de las causas que pueden explicar los procesos migratorios en la actualidad. Y entre estas causas, los **perfiles económicos de las migraciones** tienen un especial protagonismo. El **principal motivo** para cambiar voluntariamente de lugar de residencia es, como se ha señalado, el **deseo de mejorar las condiciones de vida**, es decir, se emigra fundamentalmente por razones económicas.

⁵ Los resultados obtenidos en un estudio realizado hace unos años determinaban que, asumiendo incluso una mejora en la esperanza de vida de los extranjeros al llegar a España y que sus tasas de natalidad disminuían como consecuencia de adaptarse a los patrones de comportamiento del país de destino, los extranjeros siguen teniendo una esperanza de vida menor, lo cual hace que con sus cotizaciones puedan aliviar de forma significativa la carga financiera del sistema de pensiones español. [GONZÁLEZ RABANAL, M.C. y L. SÁEZ DE JÁUREGUI SANZ *Influencia de la inmigración en el coste de las pensiones de jubilación. Análisis cuantitativo del previsible abaratamiento de las mismas para el caso español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008].

⁶ Las ideas contempladas en este apartado fueron presentadas en el VIII Congreso Internacional sobre Migraciones y su transversalidad celebrado en Bogotá del 16 al 19 de agosto de 2017.

En este sentido, las **condiciones estructurales⁷ de los países de destino** juegan un gran papel en la decisión de emigrar. Las posibilidades que ofrecen para encontrar un puesto de trabajo digno, los niveles salariales y las condiciones de vida asociadas a aquél actúan como **factores de atracción** para los potenciales emigrantes, así como la propia permeabilidad de la sociedad de acogida hacia los inmigrantes⁸.

También actúan en este sentido las **propias circunstancias socioeconómicas de los países de procedencia**, víctimas de fuertes presiones demográficas, con una estructura productiva apenas desarrollada, con situaciones de sobreexplotación de los recursos naturales y con escasas posibilidades de encontrar un puesto de trabajo digno que reporte recursos suficientes para sobrevivir. De ahí que, cuando se pretende atajar el problema de la inmigración descontrolada, se aluda a políticas de control en origen, es decir, favorecer el desarrollo de los países de procedencia para atenuar el factor de expulsión a que la falta de medios para la subsistencia da lugar.

Tradicionalmente, la Teoría Económica ha explicado las causas económicas de las migraciones refiriéndose a factores de expulsión (o de oferta) y de atracción (o de demanda). Son **factores de expulsión** los que **reducen el coste de aquello a lo que se renuncia (coste de oportunidad)**. Son **factores de atracción** los que se erigen en **incentivos para emigrar** al presentar la emigración como una solución a los problemas padecidos y que, aunque la mayoría se localizan en los países de destino, otros forman parte del **contexto** en el que la emigración tiene lugar, o proceden de **situaciones históricas**, como es el caso de la existencia de relaciones comerciales previas, que pueden derivar en una mayor proximidad cultural.

Unos y otros pueden resumirse del modo siguiente:

⁷ Un análisis más exhaustivo de las mismas puede verse en: GONZÁLEZ RABANAL, M. C. (et al.): *El entorno económico actual*, Madrid, Thomson, 2003, pp. 51 y ss.

⁸ Según el estudio del Banco de España elaborado por M. Izquierdo, J. F. Jimeno y A. Lacuesta: "Los flujos migratorios en España durante la crisis", *Boletín Económico del Banco de España, septiembre de 2014*, pp. 53-63, el mejor indicador para condiciones económicas relativas entre los países de origen y de destino de los flujos migratorios es la tasa de desempleo y no tanto las diferencias salariales (p. 57). Consultado el 15 de mayo de 2017 en:

<http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Sep/Fich/be1409-art5.pdf>

CAUSAS DE LAS MIGRACIONES

| FACTORES DE EXPULSIÓN* | FACTORES DE ATRACCIÓN** | EL CONTEXTO |
|---|---|--|
| La presión demográfica | Las mejores oportunidades de vida (clima, Estado del bienestar, servicios sociales...) y empleo | La globalización o internacionalización de las economías |
| El bajo nivel de desarrollo económico | El envejecimiento de la población | El resurgimiento de los nacionalismos |
| El escaso desarrollo institucional | La afinidad cultural | El impacto de las nuevas tecnologías |
| El importante deterioro medioambiental | Un marco jurídico permisivo | El propio entorno familiar (la emigración como estrategia) |
| Los factores climáticos poco agradables | La proximidad geográfica | Los costes de la emigración |
| El clima social hostil | La existencia de redes de acogida | La afinidad cultural |

*Afectan a los países de origen.

** Afectan a los países de destino.

FUENTE: Elaboración propia.

¿A QUIÉNES BENEFICIAN LAS MIGRACIONES?

Llegados a este punto, es preciso determinar a quiénes benefician las migraciones puesto que los efectos de las migraciones no se distribuyen por igual entre todos los países implicados. Lo más frecuente es que aparezcan **asimetrías en el reparto de costes y de beneficios**, que

⁹ Algunos estudios refuerzan este argumento: la Comisión Europea ha estimado que la tasa de dependencia de mayores de 65 años en relación a la población mayor de 20 y menor de 64 se duplicará entre 2000 y 2050, pasando del 27% al 53% como media para la UE y ya hemos indicado cuál era su previsible evolución para España, según las proyecciones del INE.

¹⁰ La existencia de redes facilita la circulación de información que permite conocer mejor cuál es la situación real en el potencial país de destino, reduce los costes de los desplazamientos, suaviza los problemas iniciales que surgen en el momento de la llegada (desconocimiento del idioma, de las instituciones, de la legislación, etc.).

aquéllos tiendan a concentrarse en los países más pobres (agravando las diferencias entre el norte desarrollado y el sur depauperado, o entre el centro y la periferia), al tiempo que los beneficios se concentren en los países más desarrollados, aunque dentro de ellos no se repartan equitativamente entre todos los factores productivos: el trabajo y, especialmente, el menos cualificado que es, además, el menos móvil, es el que se lleva la peor parte de los efectos. Por otro lado, no hay que olvidar que las migraciones provocan cambios en la legitimación de los Estados al generar una **disociación entre el Estado** (nación) **y la sociedad** (global), como consecuencia de la fractura entre el poder económico y el poder político. Estos cambios hacen necesario replantearse el **concepto de soberanía** puesto que los flujos migratorios alteran el ejercicio del poder en la población asentada en un territorio al no producirse la plena identificación entre los nacionales (muchos de los cuales están fuera de sus fronteras) y los residentes (que no siempre son nacionales y, por consiguiente, no están sometidos a la *potestas* del Estado del territorio en el que residen).

Además, con carácter general, la mayor movilidad de la mano de obra, unida a, y favorecida por, la del capital, ha provocado un **deterioro de las condiciones de trabajo**, no sólo en los países en desarrollo, como consecuencia del *dumping* social¹¹, sino en los más desarrollados, en los que son frecuentes los abusos a la hora de contratar a los trabajadores inmigrantes porque su poder reivindicativo es casi nulo, por no decir inexistente.

Desde el punto de vista expositivo¹², es frecuente diferenciar entre los efectos que afectan a los países de destino y los que afectan a los países de origen. Centrándonos en los de carácter económico, los efectos de las migraciones dependen fundamentalmente de su **carácter regular o irregular** y de si la mano de obra foránea es **complementaria o sustitutiva** de la mano de obra nacional.

Los principales efectos de las migraciones se resumen en el cuadro siguiente:

¹¹ El *dumping* social refleja la situación en la que los mercados resultan invadidos con productos procedentes de países donde la clase trabajadora no disfruta de las condiciones de estándar mínimo recomendadas por organizaciones internacionales como la OIT.

¹² Una exposición más detallada de los mismos puede consultarse en: GONZÁLEZ RABANAL, M. C. (et al.): *Análisis económico de la inmigración en España: una propuesta de regulación*, Madrid, UNED, 2005, pp. 34 y ss.

DE CARÁCTER GENERAL

Producen nuevas asimetrías en los países por el desigual reparto de los costes y beneficios.

Plantean la necesidad de replantearse el concepto de soberanía y la idea de Estado.

PARA EL PAÍS DE ORIGEN

Disminuyen las tensiones en su mercado laboral, al reducirse la oferta que compite con una demanda escasa.

PARA EL PAÍS DE DESTINO

Problemas de cohesión social: *dualización* del mercado de trabajo. Resquebrajamiento del poder sindical¹³.

Si hay envío de remesas:

Pueden contribuir al despegue económico de los países de origen¹⁴. Pueden crear “dependencia paralizante”^{15, 16}.

Si la mano de obra extranjera es complementaria de la mano de obra autóctona:

Reduce la tasa de desempleo¹⁷, al cubrir ciertos nichos del mercado de trabajo. Mejora la asignación eficiente de recursos por la mayor disponibilidad a la movilidad que tienen los trabajadores foráneos.

Si hay retorno:

Adquisición de capital humano sin coste.

Incrementa la capacidad de ajuste del mercado de factores.

Si no hay retorno:

Pérdida de capital humano (fuga de cerebros). Envejecimiento de la población.

Eleva la productividad de los demás factores.

Incrementa la competitividad empresarial. Aumenta el nivel salarial.

Contribuye a elevar la renta y a crear riqueza.

Si la mano de obra foránea es sustitutiva de la nativa:

Aumenta la tasa de paro.

Reduce los salarios.

Incrementa la precariedad del mercado de trabajo, puede favorecer el *dumping* social, especialmente como consecuencia de los inmigrantes ilegales.

En cualquier caso:

Si se genera más renta: se pagan más impuestos.

Si la mano de obra extranjera es cualificada, mejora el capital humano sin coste (si no hay retorno).

Se eleva la cuantía de determinadas partidas de gasto social (sanidad, educación, servicios sociales...) ^{18, 19}.

Si son regulares:

Se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social y el de obligados al pago de otros tributos directos (los indirectos, asociados al consumo, los pagan sean regulares, o irregulares).

¿QUÉ SE PUEDE CONCLUIR DE ESTE ANÁLISIS?

A la vista de todo lo expuesto, las conclusiones que se pueden extraer se resumen en las siguientes:

¹³ LAFONTAINE, O. y MÜLLER, Ch.: No hay que tener miedo a la globalización. Bienestar y trabajo para todos, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 1998, p. 41.

¹⁴ La Encuesta de Inserción en el mercado laboral de 1996 revelaba que, por ejemplo, los emigrantes de los países del este destinan el 41,46% de sus ingresos a esta partida, o los latinoamericanos, el 33,79%.

¹⁵ Las remesas de dinero de emigrantes hacia España eran irrelevantes antes de la crisis. Pero en los últimos años, la creciente salida de jóvenes sin hueco en el mercado laboral español está aumentando de forma exponencial la entrada de dinero por esta vía. A falta de datos oficiales, Money Ría Transfer, que se presenta como líder de este mercado en España, estima que en 2016 se situaron entre 700 y 1.000 millones de euros.

También detalla el perfil habitual de los que acuden a sus oficinas: “Son jóvenes, con una edad promedio de 35 años. Muchos solteros que pasaron por Erasmus, con postgrado”.

Esas personas cualificadas a menudo tienen unos padres aquí en mejor situación que ellos, pero también hay casos en los que envían dinero, muchas veces, para poder ayudar a los padres a pagar el alquiler, o para poder pagar ellos mismos una hipoteca que dejaron pendiente.

Según el Banco de España, en 2014, los principales destinos de las remesas que salían de nuestro país eran Colombia, Ecuador, Rumanía, Bolivia, República Dominicana y Marruecos. Ria Money estima que, sin grandes cambios, han bajado los envíos a países como Colombia, mientras aumentan a otros como Pakistán o Senegal.

¹⁶ España ha pasado a recibir una importante cuantía de remesas, aunque se posiciona como sexto país emisor de remesas en Europa, por detrás de Rusia, Reino Unido, Alemania, Francia e Italia.

http://cadenaser.com/ser/2016/06/15/economia/1465983026_469179.html (consultado el 12 de octubre de 2017).

¹⁷ Las cifras corroboran este hecho ya que para el caso español, el período en el que más se redujo la tasa de paro (1996-2002) coincidió con el de más intensa afluencia de inmigrantes.

¹⁸ El comportamiento demográfico (entendido como envejecimiento de la población) es una variable determinante –posiblemente la más importante– de la futura evolución de la relación del gasto en pensiones sobre el PIB. Y esto por dos razones: primera, porque constituye un factor autónomo de crecimiento del gasto ya que, en condiciones *caeteris paribus*, es decir, manteniendo constante el resto de factores y, en particular, la tasa de cobertura, el simple crecimiento de la población mayor de 65 años (la población protegible) genera un incremento de gasto que es directamente proporcional al crecimiento de dicho segmento de población; y segunda, porque la disminución de la población activa comprime la base sobre la que se sustenta el crecimiento económico, lo que provoca una disminución del mismo y un incremento proporcional de la relación entre el gasto y el PIB. (Véase a este respecto el análisis realizado en: DEL BRÍO CARRETERO, J. F. y GONZÁLEZ RABANAL M. C.: “Projected spending on pensions in Spain: A viability Analysis”, *International Social Security Review*, Vol. 57, n° 3, July-September 2004, pp. 91-109).

¹⁹ En este sentido, la inmigración también tiene un impacto importante en términos de rejuvenecimiento demográfico que, si bien no es un factor estrictamente demográfico, contribuye a aligerar los futuros costes de sostenimiento económico de una población envejecida que disfruta, además, de una elevada esperanza de vida.

La primera conclusión es que **resulta muy difícil calcular el saldo de beneficios y costes** para los países implicados en los procesos migratorios. El **reparto** puede ser **desigual** entre unos y otros, pero es evidente que, de la misma manera que la teoría del comercio internacional prescribe ganancias en términos agregados derivadas de la liberalización de los movimientos de mercancías, la liberalización de los movimientos de personas puede contribuir a un mejor reparto de la renta y de la riqueza a nivel mundial y, con ello, a atajar en su origen una de las causas que explican los movimientos migratorios, que es el **desigual nivel de desarrollo económico de los países**.

Aunque no está claro si es mejor desarrollar primero para reducir la emigración, o permitir que ésta se produzca y después tratar de potenciar el crecimiento económico de los países de origen, lo cierto es que las teorías que explican las ventajas del comercio a nivel mundial bien pudieran suministrar argumentos igualmente válidos para interpretar la **liberalización de los movimientos de personas en niveles sostenibles** en clave de lograr una mayor cohesión social a nivel mundial.

Podríamos decir que sólo es necesario *gestionar*²⁰ **de forma adecuada estos flujos de población** de modo que sus costes se minimicen y sus beneficios se maximicen, canalizándose hacia toda la sociedad y no hacia grupos individuales de la misma (traficantes o empresarios sin escrúpulos). Sin embargo, a nadie se le ocultan las dificultades inherentes para que esta gestión sea eficiente.

La segunda conclusión es que el sentido y la intensidad de los flujos migratorios guardan una **estrecha relación con las fases del ciclo económico**. Por consiguiente, todo lo que contribuya a recuperar la economía a nivel nacional y también a nivel mundial (no se nos deben olvidar los procesos de internacionalización y de globalización) mejorará la capacidad de los países receptores para acoger con mejores expectativas los flujos

²⁰ Término que se utiliza para designar las diferentes funciones gubernamentales relacionadas con la cuestión migratoria y el sistema nacional, que se encarga, en forma ordenada, del ingreso y la presencia de extranjeros dentro de los límites de un Estado y de la protección de los refugiados y otras personas que requieren protección. [Glosario de la OIM sobre migración:

http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=product_info&Path=2_8&products_id=152&language=es (consultado el 17 de abril de 2017)].

de población y aplacará el deseo de emigrar de los que en sus países de origen pueden beneficiarse de este clima de bondad económica.

En tercer lugar, dado el carácter poliédrico del fenómeno migratorio, para que las actuaciones sean eficaces deben integrar diferentes campos de acción. Por ejemplo, es importante adecuar la oferta de trabajo a la demanda y para ello el **sistema educativo** debe realizar profundas transformaciones y, además, con varios objetivos, entre los que cabe señalar los siguientes:

- **Evitar el exceso de mano de obra autóctona muy cualificada** que luego, ante la dificultad para encontrar un empleo en España, se ve obligada a emigrar, con la consiguiente pérdida de capital humano que ello comporta y la potencial fuga de cerebros. En un reciente estudio realizado con el profesor Del Brío Carretero²¹, hemos llegado a la conclusión de que, como consecuencia de la crisis económica, España ha experimentado **un cambio en la radiografía del empleo** en el sentido de que se lleva a cabo un intercambio de puestos de trabajo de alto valor añadido en la industria y en los **servicios por otros de menor valor añadido** en los servicios personales y la hostelería, lo cual afectará indudablemente, tanto a las cualificaciones requeridas a los trabajadores para encontrar empleo, como a la sostenibilidad del sistema de pensiones de la Seguridad Social.
- **Mejorar la integración de los inmigrantes** en la sociedad y la cultura españolas para evitar la marginalidad, la exclusión y todo lo que ello comporta (por ejemplo, delincuencia). En este sentido, es importante diseñar programas educativos *ad hoc* especialmente concebidos para los inmigrantes, que contemplen en sus itinerarios docentes contenidos interdisciplinares (enseñanza de lenguas oficiales en España, cultura española, historia, derechos...).
- **Crear una cultura** que contribuya, por un lado, a difundir entre los españoles **que la inmigración no es mala si se gestiona**

²¹ DEL BRÍO CARRETERO, J.F. y GONZÁLEZ RABANAL, M. C.: “España, ¿un país de servicios de bajo valor añadido con una Seguridad Social en peligro? (pendiente de publicación).”

adecuadamente, si es regular y si complementa el capital humano autóctono y, por otro, a **evitar la contratación irregular de inmigrantes** y el *dumping social*. Insistir en la idea de que defraudar nos perjudica a todos.

- **Incrementar los controles de carácter fiscal** y el rechazo social a evitar la percepción indebida de prestaciones sociales que comprometen la sostenibilidad de nuestro sistema de bienestar.

En cuarto lugar, a la vista de las previsiones demográficas, es evidente que **España necesita de la inmigración para seguir creciendo**. Dicho esto, el objetivo principal de cualquier actuación debe ser, en nuestra opinión, **conseguir que la inmigración sea un fenómeno regular**. Cualquier atisbo de clandestinidad o de irregularidad potencia la aparición de efectos perversos, no sólo para los protagonistas -que pueden verse sometidos a las manipulaciones de las mafias, al tráfico y a la trata de las personas-, sino para los países involucrados en los movimientos de personas.

Como se ha comentado, el hecho de **que los inmigrantes formen parte del mercado de trabajo** es uno de los elementos más importantes para facilitar su **integración en la sociedad**, evitando de este modo, la marginalidad y la exclusión social con todo lo que ello comporta (evitación de pobreza, de comportamientos delictuales), y posibilitando la obtención de rentas para asegurar su supervivencia y el envío de remesas. Al tiempo, la regularidad de la misma contribuye al sostenimiento del sistema de pensiones y aligera determinados componentes del gasto social... Por consiguiente, las políticas deben orientarse al logro de la plena integración de los inmigrantes.

Aunque no es el objeto de esta intervención, la **integración** es un **proceso complicado** que precisa el compromiso de la sociedad de acogida, pero también de los propios inmigrantes, puesto que no es lo mismo integrarse que coexistir y, como sabemos, los modelos de gestión de la multiculturalidad o de la interculturalidad no están exentos de problemas.

Esta integración requiere **conocer con anticipación las necesidades del mercado laboral**, determinar protocolos de actuación ágiles para contratar con rapidez la mano de obra extranjera, cuando ello sea necesario, evitando de este modo las mafias y no alimentando falsas expectativas laborales, y también prever los mecanismos de integración

adecuados (desde el idioma, hasta el conocimiento de las normas de comportamiento vigentes en el país de acogida, o del marco normativo básico que determina los derechos y las obligaciones de los inmigrantes).

En quinto lugar, ser conscientes de que una adecuada gestión de los flujos migratorios exige **actuaciones en los propios países de origen** que se orienten a mejorar sus condiciones de vida y proporcionen una imagen fidedigna de lo que se van a encontrar los ciudadanos -si deciden emigrar -cuando lleguen al país de destino. Desalentar falsas expectativas, evitar el efecto llamada, son objetivos también importantes de cara a una adecuada gestión de los flujos migratorios.

Si son los **desequilibrios regionales** a escala global los que justifican en gran medida los desplazamientos voluntarios de población, es decir, no emigran los más pobres, ya que dentro de éstos la población con más expectativas de éxito en el lugar de destino (jóvenes y con cierta preparación) es la que compone el grueso de la migración en la actualidad, y son las **diferencias relativas** entre el estatus de partida y el probable de llegada las que acentúan el deseo de emigrar y probar fortuna, es necesario atenuar estas divergencias porque, de este modo, seguramente se reducirá el interés por cambiar de lugar de residencia²². En este sentido, **contribuir a mejorar el nivel de desarrollo de los países emisores de población** es una herramienta de incuestionable valor para atajar la inmigración en origen o impedir la fuga de cerebros, conteniendo la salida de población joven y altamente cualificada, como ha sucedido recientemente en nuestro país.

Pero además de todo lo anterior, es necesario:

- **Trabajar para garantizar la estabilidad macroeconómica** con el fin de reducir la vulnerabilidad de las economías y facilitar la inversión productiva para lo cual es preciso elaborar estándares de regulación prudencial en los mercados financieros, de supervisión de su comportamiento y de suministros de información a

²² Sin embargo, ante esta cuestión no faltan algunas opiniones discrepantes que basan su argumento en el hecho de que “si la industrialización y la creación de una agricultura más comercializada favorecen el éxodo rural y éste la inmigración internacional, no se comprende muy bien que para frenar la emigración haya que ayudar al desarrollo de los países emisores (MARTÍNEZ VEIGA, U.: “Teorías sobre las migraciones”, *Migraciones y Exilios* n° 1, 2000, p. 16).

los mercados, y aunar esfuerzos en materia fiscal para armonizar la tributación, evitar la doble imposición y la evasión fiscal.

- **Apostar por la competitividad sistémica** para atajar la reproducción intergeneracional de la pobreza y de la desigualdad de los países en vías de desarrollo. Para ello hay que acometer políticas activas de educación, de empleo y de protección social basadas en los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia e integralidad.
- **Dar un fuerte impulso al desarrollo mediante la apertura del comercio y de la inversión productiva y no meramente especulativa.** Es preciso, por tanto, favorecer los intercambios mundiales de productos –especialmente los agrícolas que son los que gozan de un nivel de proteccionismo mayor en los países desarrollados- con el fin de que los mercados mundiales se abran a la producción de los países menos desarrollados cuyas economías son, por lo general, intensivas en el sector primario.
- **Abrir en el primer mundo a la competencia exterior los servicios intensivos en mano de obra** (como la construcción o el turismo) con el fin de liberalizar los flujos de población para alentar la inmigración regular.
- **Regular los movimientos de población mediante acuerdos cuyo objetivo sea ampliar la movilidad de la mano de obra y fortalecer la integración de los inmigrantes en los países de acogida.** En este sentido, no compartimos las ideas de quienes piensan que los movimientos migratorios son un problema de dimensiones temporales ya que a la segunda o, a lo sumo, a la tercera generación, la integración será un hecho consumado²³. Por el contrario, pensamos que el hecho de que las migraciones sean tan antiguas como la historia de la humanidad y de que existan diferentes modelos de integración no hace sino poner de manifiesto que se trata de una cuestión pendiente de recibir una solución adaptada a los perfiles que reviste el fenómeno en cada momento.
- **Mentalizar a la población de que la migración es necesaria**, tanto para los países de origen (alivia su prácticamente insostenible

²³ GONZÁLEZ RUIZ, M.: “Migraciones y teoría social: algunas consideraciones”, <http://laberinto.uma.es/Lab7Art2Mencia.htm>

presión demográfica), como para los de destino (rejuvenece su envejecida población), y de que –si es regular- contribuye al sostenimiento financiero de sus sistemas de protección social, del gasto público en relación al PIB o de la carga de la deuda en relación al PIB.

Si esto es así, lo adecuado es no sólo **contemplar la migración desde una perspectiva global** –económica, social, jurídica, cultural-, sino encauzar adecuadamente las estrategias para canalizar los movimientos de población, facilitando el **acceso** –porque la represión provoca irregularidad-, luchando contra las mafias y potenciando activamente la **integración**²⁴, superando las posturas meramente asimilacionistas y permitiendo que “los inmigrantes disfruten de oportunidades jurídicas y prácticas comparables a las de los nacionales con características análogas en términos de edad, sexo, educación (...), pudiendo conservar sus signos de identidad de origen: la lengua, la religión, la cocina, las costumbres, **pero adoptando las normas de convivencia de la sociedad que les acoge y no imponiendo las suyas**”²⁵. Desde luego, el coste de la verdadera integración no debe recaer exclusivamente en el país de destino, sino que tiene que responder a un deseo real de la población foránea por conseguirla.

Todo ello sin olvidar que la integración depende²⁶ de los recursos que los inmigrantes tengan para abrirse camino en el mercado laboral del país de acogida y de su nivel de estudios, de su cualificación profesional, de la experiencia laboral previa, del conocimiento del idioma y de la cultura del país de destino, de su estatus jurídico (si es regular o no) y de las actitudes y valoraciones ideológicas en torno a los derechos de los inmigrantes, y que dicha integración ha de trascender el ámbito de lo estrictamente ocupacional.

Es necesario avanzar más allá del mero “control” migratorio, procurando no ver a los inmigrantes indocumentados como delincuentes

²⁴ BADOSA, J. y SUBIRATS, J.: *Sólo ante el peligro: el Ministerio del Interior o la falta de una política que afronta de manera integral y compartida el fenómeno migratorio en España*, ejemplar folicopiado.

²⁵ CARRASCO CARPIO, C.: *Mercados de trabajo: los inmigrantes económicos*, Madrid, IMSERSO, pp. 120-121.

²⁶ SOLÉ C.: “La irregularidad laboral de la inmigración extracomunitaria”, *Migraciones* n° 1, 1997, p. 35.

y buscar una **verdadera “gestión” de la migración** la cual comporta la formulación de políticas razonables de admisión que contemplen la permanencia, el retorno, la reunificación, el tránsito fronterizo y el traslado de personas a terceros países²⁷.

Las políticas de migración deben **facilitar la máxima transparencia**²⁸ con el fin de proporcionar un conocimiento veraz de la oferta y de la demanda de trabajo por parte de los trabajadores extranjeros y los empresarios nacionales, y colaborar activamente con los países de origen ya que la población proviene mayoritariamente de unos pocos.

Deben adoptarse **medidas de tipo pedagógico** orientadas a minimizar la vulnerabilidad legal y social a la que se encuentran expuestos los inmigrantes y a suministrarles información *ex ante* sobre las posibilidades legales de entrada en el país y sobre las consecuencias de utilizar vías clandestinas²⁹, y se deben aprovechar también las **ventajas que puede suponer el retorno institucionalizado como forma de apoyo al desarrollo de sus países de origen**.

Esta necesaria liberalización de los movimientos de población – restringirlos choca con la idea de que el mercado mundial está por encima de cualquier tipo de intervencionismo- propugnada por los defensores del liberalismo globalizante ha de someterse a un proceso de **desmitificación**: los problemas de orden laboral que puedan sufrir u ocasionar los inmigrantes guardan una estrecha relación con los **problemas estructurales** del mercado de trabajo de la sociedad receptora de modo que, si las barreras legales o institucionales a la inmigración son muy fuertes, es posible que se inicie una espiral de irregularidad que conduzca a la clandestinidad, ésta a la marginalidad y de ahí a la delincuencia, la exclusión y el rechazo social.

²⁷ CEPAL: *Globalización y desarrollo*, 2002, pp. 267-268.

²⁸ CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *El fenómeno de la inmigración. Aportación a un debate*, 2001, p. 68.

²⁹ Esta es la orientación que se propone en la UE con la elaboración del denominado “Método abierto de coordinación” [COM (2001) 387 final]. Dicho método combina cuatro elementos: la elaboración de un régimen de asilo común basado en la aplicación íntegra del Convenio de Ginebra, la asociación con los países de origen con el fin de abordar los aspectos políticos, los derechos humanos y la cuestión del desarrollo en los países y regiones de origen y de tránsito, el tratamiento equitativo para los nacionales de los terceros países y la gestión más eficaz de los flujos migratorios.

El temor a los inmigrantes debe ser atajado **transformando las estructuras productivas de los países desarrollados**, que deben ser capaces de afrontar los potenciales peligros derivados de la invasión de los mercados mundiales de productos procedentes de los mercados en desarrollo³⁰. La vía es mediante la especialización en la obtención de productos duraderos porque así³¹ se podría reducir significativamente el consumo de materias primas y de energía –atajando de este modo los inconvenientes medioambientales derivados de la globalización- y se propiciaría la generación de nuevos puestos de trabajo, como consecuencia de la necesidad de formar una mano de obra más especializada, encargada no sólo de la obtención de estos productos, sino de su reparación y conservación.

En definitiva, los flujos migratorios son un fenómeno tan antiguo como la historia de la humanidad, pero no así sus consecuencias negativas. En la medida en que seamos capaces de canalizar sus efectos y combatirlos con interés decidido y de forma armonizada, podremos mantener la autonomía necesaria para acometer acciones eficaces ante los acontecimientos a los que aquéllos nos conducen.

Es cierto que la creciente globalización de las economías comporta y requiere la formación de un mercado único donde todos los factores productivos –incluida la mano de obra- se muevan con fluidez y sin restricciones, pero también lo es el hecho de que los flujos incontrolados de población pueden conducir -si no se toman medidas a tiempo- a la violación de los derechos fundamentales de las personas y al agravamiento de las circunstancias a las que se pretende dar solución.

Es necesario, pues, que todos **los agentes implicados** –Estados, ONG, asociaciones de consumidores, organismos internacionales- lleven a cabo **un debate lo más desapasionado posible y todo lo objetivo que la gravedad del problema y su enjundia requiere** para permitir no sólo el intercambio cultural inherente a los movimientos de personas y a su contacto con otras formas de vida y otros valores, sino la verdadera integración en la sociedad del país de destino y, si

³⁰ Se dice que éstos pueden inundar los mercados (*dumping*) porque les resulta posible conseguir unos precios significativamente menores como consecuencia de las abusivas condiciones de trabajo y de la ausencia de Estado de Bienestar.

³¹ LAFONTAINE, O. y MÜLLER, Ch.: *Op. cit.* p. 159.

sus protagonistas lo desean, el retorno en condiciones dignas a los lugares de procedencia.

Debemos ser educados para la cultura global, pero sin que ello permita la imposición de un pensamiento único y acrítico a todos los ciudadanos del mundo. Debemos, por tanto, admitir la diversidad en un contexto globalizado.

Bibliografía

- BADOSA, J. y SUBIRATS, J.: *Sólo ante el peligro: el Ministerio del Interior o la falta de una política que afronte de manera integral y compartida en fenómeno migratorio en España*, (ejemplar folicopiado), Equipo de Análisis Político, UAB.
- BECK, U.: *¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas de la globalización*, Paidós, Barcelona: 2000.
- CARRASCO CARPIO, C.: *Mercados de trabajo: los inmigrantes económicos*, IMSERSO, Madrid.
- CEPAL: *Globalización y desarrollo*, CEPAL, 2002.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *El fenómeno de la inmigración. Aportación a un debate*. Círculo de Empresarios, Madrid: 2001.
- DE LA DEHESA, G.: *La globalización económica y el futuro del Estado*, VI Congreso Nacional de Economía, Alicante 18-20 de febrero de 1999.
- DEL BRÍO CARRETERO, J.F. y GONZÁLEZ RABANAL, M. C.: “Projected spending on pensions in Spain: A viability analysis”. *International Social Security Review*, 2004, pp. 91-109.
- “España, ¿un país de servicios de bajo valor añadido con una Seguridad Social en peligro? (aceptado para su publicación en la Revista de Humanidades).
- FERNÁNDEZ ASPERILLA, A.: “Estrategias migratorias. Notas a partir de la emigración española en Europa”, *Migraciones y Exilios* n° 1, 2000, pp. 67-94.
- GIMENO ULLASTRES, J.A. y GONZÁLEZ RABANAL, M. C.: “La inmigración: un reto para las modernas economías del siglo XXI”, *Sistema* n° 190-191, enero 2006, pp. 57-91.
- GARCÍA CANCLINI, N.: *La globalización imaginada* (1ª reimpresión), Paidós, Barcelona: 2000.

- GÓMEZ FRANCO, T.: *La protección de la Salud desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, UNED, noviembre, 2015.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C.: “Luces y sombras de la globalización: el futuro de los sistemas de bienestar”, *Estudios sobre consumo* n° 61, 2002, pp. 53-62.
- “Las migraciones”, *El entorno económico actual*, Thomson, Madrid, 2003, pp. 43-68.
- “El multiculturalismo como opción para la integración”, *A Distancia*, Vol. 21, n° 3, octubre 2003, pp. 8-15, (2003).
- “La revisión de los sistemas de protección social en el contexto de las economías globalizadas”, *Foro de Seguridad Social* n° 10, octubre 2003, pp. 17-31.
- “El control de las migraciones y la globalización de las economías”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 51, 2004, pp. 101-116.
- “El control de las migraciones, ¿uno de los retos de la globalización?”, *Migraciones y Exilios* n° 4, diciembre 2004, pp. 67-78.
- “La política comercial común”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* n° 9, 2° semestre 2005, pp. 123-148.
- “Dimensiones económicas de las migraciones”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED* n° 1, (ISSN: 1886-6328) 2006, pp. 1-5.
- “Aspectos económicos de las migraciones”, *Mundo Intercultural* n° 0, Universidad Francisco de Vitoria, junio 2006, pp. 8-9.
- “Algunas reflexiones sobre la anunciada reforma de la fiscalidad de los Planes y Fondos de Pensiones”, *Actuarios* n° 24, abril-mayo 2006, pp. 55-60.
- En colaboración: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Tirant Lo Blanch, 2013, 742, pp. 239-265.
- “Irregular Migration as a Global Phenomenon: A view from Spain”. *Advanced in Social Sciences Research*, 2013, pp. 29-47.
- “Economic Effects of Contemporary Migrations”. *Revue Européenne du Droit Social*, XXV n° 4, 2014, pp. 262-284.
- “Una estimación del coste para España de la política comunitaria contra la discriminación de género en los planes y fondos de pensiones de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° E, 2007, pp. 203-249.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. y DEL BRÍO CARRETERO, J. F.:
 “Una proyección del gasto social en pensiones en España. Análisis

- de su viabilidad”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 57 n° 3, julio-septiembre 2004, pp. 105-124.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. y SÁEZ DE JÁUREGUI SANZ, L.: *Influencia de la inmigración en el coste de las pensiones de jubilación. Análisis cuantitativo del previsible abaratamiento de las mismas para el caso español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. y AVILÉS CABRERA, L.: *Implicaciones económicas y para la seguridad de la inmigración en España*, (IUISI), 2008.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. y AVILÉS CABRERA, L.: *La inmigración ilegal como fenómeno global*. Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior, (IUISI), 2011.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. y CABRERA, L.: *Implicaciones económicas y para la seguridad de la Inmigración en España*, Madrid, Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, 2010, 124 pp.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. (et al.): “Migraciones, Estado del bienestar y mercado de trabajo: amores y desamores”, *El futuro del trabajo, Análisis jurídico y socioeconómico*, Madrid, Alderabán, 2017, pp. 297-307.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. (et al.): *Análisis económico de la inmigración en España: una propuesta de regulación*, Madrid, UNED, 2005.
- GONZÁLEZ RUIZ, M.: “Migraciones y teoría social: algunas consideraciones”, <http://labyrinth.uma.es/Lab7/Lab7Artmencia.htm>
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: “Globalización, Estado y Derecho Constitucional”, *A Distancia* Vol 19: n° 2, invierno 2001-2002, pp. 17-21.
- IZQUIERDO, M., J. F. JIMENO, J.F. y A. LACUESTA, A.: “Los flujos migratorios en España durante la crisis”, *Boletín Económico del Banco de España, septiembre de 2014*, pp. 53-63. Consultado el 15 de mayo de 2017 en: <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Sep/Fich/be1409-art5.pdf>
- JARILLO ALDEANUEVA, A.: “Globalización: concepto y papel del Estado”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, n° 18, UNED: 2001, pp. 215-231.

- LAFONTAINE, O. y MÜLLER, Ch.: *No hay que tener miedo a la globalización. Bienestar y trabajo para todos*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid: 1998.
- MARTÍNEZ VEIGA, U.: "Teorías sobre las migraciones", *Migraciones y Exilios* n° 1, 2000, pp. 11-26.
- NÚÑEZ SEIXAS, X. M.: "Emigración de retorno y cambio social en la Península Ibérica", *Migraciones y Exilios* n° 1, 2000, p. 27-66.
- SOLÉ, C.: "La irregularidad laboral de la inmigración extracomunitaria", *Migraciones* n° 1, 1997, pp. 7-40.
- VARELA PARACHE, M.: *La globalización y sus aspectos institucionales*, VI Congreso Nacional de Economía, Alicante 18-20 de febrero de 1999.



QUIEBRA DEL PRINCIPIO LEX LOCI LABORIS EN LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS

DR. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditado contratado doctor)

Universidad de Alicante, E.U. Relaciones laborales (Elda), centro adscrito

1. Introducción

La coordinación no sustituye los sistemas nacionales de protección, estableciendo un régimen único europeo de Seguridad Social, sino que trata de crear puentes entre los diferentes sistemas para que los ciudadanos no se vean perjudicados cuando ejercen su derecho a libre circulación. No se pretende la unificación a ultranza de las legislaciones internas, sino su aproximación, con la finalidad de que los derechos de libre circulación y de prestación de servicios sean una realidad garantizada en todo el Espacio Europeo: se pretende que la diversidad de sistemas nacionales no entrañe lesión de los derechos y expectativas de las personas.

El marco jurídico de referencia, a nivel comunitario, son el Reglamento 883/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Reglamento de base, es la norma de cabecera que debemos tener en cuenta para conocer el mecanismo de coordinación), y el Reglamento 987/2009/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004/CE (Reglamento de ejecución).

Ambos contienen el desarrollo del sistema de coordinación previsto en el artículo 48 del Tratado Fundacional de la UE, cuyo artículo 48 señala que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) La acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) El pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

Así pues, no existe una legislación única en materia de Seguridad Social que sea aplicable a todos los ciudadanos de los diversos Estados miembros con independencia del territorio de residencia. A lo que se ha llegado por el momento, es a coordinar la aplicación de las diversas normativas de Seguridad Social de los respectivos Estados¹. Esa coordinación opera tendiendo entre sistemas dispares por naturaleza, un puente jurídico que va a permitir el paso de un sistema a otro, de modo que los derechos adquiridos o en vía de adquisición en un Estado miembro puedan invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primero². Para ello se han creado diversas reglas de funcionamiento, con el fin de acomodarse a algo primordial en el Derecho de la UE como es, el logro de la libre circulación de las personas entre los Estados miembros. Esta última, es la característica principal que la distingue de la coordinación aplicable a nivel internacional, y presenta hasta cuatro problemas a los que se hace frente, mediante un principio esencial para cada uno de ellos:

- El de la condición impuesta a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia con respecto a la legislación nacional que le es aplicable, le corresponde la aplicación del principio

¹ Sobre el tema de la coordinación europea, véase RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J., «Visión general de la Seguridad Social en el derecho comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, págs. 111-113.

² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 2.

de igualdad de trato entre nacionales y otros ciudadanos comunitarios.

- El de la determinación de la legislación aplicable a los interesados, por la aplicación de la *lex loci laboris* (unicidad normativa).
- El de los derechos adquiridos en otro Estado miembro en materia de Seguridad Social, le corresponde la conservación de los derechos adquiridos.
- El de la adquisición de derechos o del cálculo de prestaciones de la Seguridad Social con respecto a los periodos de trabajo, de seguro o de residencia, cumplidos en un Estado miembro distinto al Estado deudor, mediante la «exportación» de las prestaciones, y de la conservación de los derechos en curso de adquisición, mediante las técnicas de totalización de los periodos de residencia y del prorrateo de las prestaciones³.

Partimos del principio de unicidad de la Ley, es decir, los trabajadores estarán sometidos a la legislación de un único Estado miembro. La regla general es que la legislación aplicable es la del lugar del trabajo (*lex loci laboris*), es decir, el trabajador queda sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado en que ejerce su actividad ya sea como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, e independientemente de la residencia del trabajador, o de dónde esté establecido el empleador.

Esta regla general presenta todo un elenco de excepciones que pasamos a comentar seguidamente.

2. Trabajador transfronterizo

Por trabajador transfronterizo se entiende aquel que tiene disociado su centro de vida laboral y su centro de vida familiar, y ello en aras a

³ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», *cit.*, pág. 42. Del mismo autor, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009», *cit.*, págs. 100-101. En el mismo sentido, BARRIOS BAUDOR, G. L., y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa», *cit.*, pág. 372, señala que la movilidad geográfica entre Estados se consigue mediante la plasmación de estos principios de Seguridad Social.

garantizar una protección más apropiada. La primera cuestión aclaratoria es ver que se considera como tal.

La definición legal que otorga la LOEX y el RELOEX, no coincide con el concepto de la normativa comunitaria (éste último mucho más amplio).

La definición comunitaria viene dada por la separación territorial entre dos elementos: residencia en un país y trabajo en otro (separación territorial entre residencia y trabajo, que crea necesidades específicas de coordinación en determinadas prestaciones, como la protección por desempleo o la asistencia sanitaria). El artículo 1 f) del Reglamento 883/2004 define al trabajador fronterizo como “*toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana*”⁴.

El legislador comunitario no sólo distingue a los transfronterizos del resto de trabajadores, sino que también hace diferencias entre aquéllos diferenciando al transfronterizo fronterizo (regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana) del transfronterizo no fronterizo (no regresa en esos espacios temporales).

Si el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia ejerce su profesión en un Estado miembro distinto al que reside y al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana (trabajador fronterizo)⁵, la institución competente del Estado donde trabaja es la responsable de sus prestaciones, con ciertas reglas específicas para determinadas prestaciones⁶:

⁴ Este Reglamento es más parco en palabras que el Reglamento 1408/1971, cuyo artículo 1 b) aclaraba que el trabajador fronterizo puede ser desplazado sin que pierda, en determinadas condiciones, su condición de tal: “*el trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado miembro, conservará la condición de trabajador fronterizo durante un tiempo que no excederá de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia*”.

⁵ En este sentido, véase STJCE de 22 de septiembre de 1988, Asunto 236/87, Anna Bergemann contra Budensanstalt für Arbeit.

⁶ La existencia de reglas especiales para los trabajadores fronterizos está motivada en gran parte, por la búsqueda de la protección más apropiada, según las circunstancias, de los trabajadores que tienen disociado su centro de vida laboral y su centro de vida familiar. En este sentido, MIRANDA BOTO, J. M., «Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm. 1480/71», (Dir. ARETA MARTÍNEZ, M., y SEMPERE NAVARRO, A. V.), *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009, pág. 111.

- a. En cuanto a las prestaciones en especie, en caso de enfermedad y de accidente de trabajo, tiene derecho de opción para recibir la prestación en el lugar donde reside o en el lugar donde presta su actividad;
- b. En cuanto a las prestaciones por desempleo⁷, si está en paro total, solo tiene derecho a percibir la prestación en el país en el que reside, a no ser que pueda probar que mantiene lazos más estrechos con el país en el que estuvo empleado por última vez⁸.
- c. Asimismo, el artículo 28 señala que el trabajador fronterizo jubilado tendrá derecho en caso de enfermedad a optar por seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro en el que haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, siempre y cuando dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro⁹.

Por su parte, el artículo 43.1 LOEX, bajo la rúbrica “Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios”, señala expresamente que: *“Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación*

⁷ Sobre esta particularidad, véanse STJCE de 6 de noviembre de 2003, Asunto C-311/01, Comisión contra Países Bajos; STJCE 20 de enero de 2005, Asunto C-101/04, Roger Noteboom, y STJCE de 12 de junio de 1986, Asunto C-1/85.

⁸ Para el legislador comunitario, en desempleo parcial, el Estado miembro competente es el del empleo. Pero si el desempleo es total, el fronterizo debe lucrar la prestación en su país de residencia, y el transfronterizo no fronterizo, tiene libertad de elección entre el Estado de residencia y el Estado de empleo.

⁹ Por «continuación del tratamiento», se entiende la continuación de las pruebas, el diagnóstico y el tratamiento de una enfermedad. Por otra parte, «el titular de una pensión que en los 5 años anteriores a la fecha efectiva de una pensión de vejez o invalidez haya ejercido durante, al menos, 2 años una actividad como trabajador fronterizo por cuenta ajena o propia tendrá derecho a prestaciones en especie en el Estado miembro en que ejerció dicha actividad como trabajador fronterizo, siempre que dicho Estado miembro y el Estado miembro en que se halla la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie facilitadas al titular de una pensión en su Estado miembro de residencia hayan optado por ello y ambos Estados figuren en el anexo V». Sobre este tema, véase DESDENTADO BONETE, A., «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», *cit.*, págs. 64-65.

en cuanto a los derechos de Seguridad Social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”.

Esta remisión expresa al artículo 14 de la propia LOEX¹⁰ no es baladí, pues la equiparación entre españoles y extranjeros se supedita al requisito de la residencia legal en España de éstos últimos (requisito que obviamente no cumplen los trabajadores fronterizos).

El RELOEX dedica a este colectivo su Título X (Trabajadores transfronterizos), y, concretamente su artículo 182 señala que: *“Se halla en situación de trabajo transfronterizo el trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”*.

De esta definición a nivel de derecho interno, se infiere que el concepto de trabajador fronterizo pivota sobre dos elementos: un elemento temporal (se exige imperativamente que el trabajador realice actividades, por cuenta ajena o por cuenta propia, en zonas fronterizas de España y abandone diariamente el territorio español) y un elemento espacial (regreso diario al Estado limítrofe con el nuestro en el que tenga fijada su residencia).

No necesitan visado para entrar en territorio español¹¹. Se trata de trabajadores que trabajan legalmente en nuestro país, a pesar de carecer de autorización de residencia o estancia en España¹². Conviene recordar

¹⁰ Conforme al artículo 14.1 LOEX, *“Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*.

¹¹ Artículo 7.3 RELOEX: *“No precisarán visado para entrar en territorio español los extranjeros titulares de una Tarjeta de Identidad de Extranjero, de una tarjeta de acreditación diplomática, o de la autorización de regreso prevista en el artículo 5 ni los titulares de una Tarjeta de Identidad de Extranjero de trabajador transfronterizo respecto a la entrada en el territorio español que forma frontera con el país del trabajador, siempre que las autorizaciones que acreditan dichos documentos hayan sido expedidas por los órganos españoles y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada”*

¹² Artículo 184 RELOEX (*“Efectos de la autorización de trabajo para trabajadores transfronterizos”*): *“1. La duración de la autorización inicial coincidirá con la del contrato de trabajo en relación con la cual se conceda, con el límite mínimo de tres meses y máximo de un año. Los mismos criterios serán de aplicación en relación con la actividad proyectada, en el caso de trabajo por cuenta propia. 2. La validez de la autorización de trabajo estará limitada al ámbito territorial de la Comunidad o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia. 3. La autorización de trabajo se prorrogará a su expiración, en tanto continúe la misma relación laboral o actividad por cuenta*

que tal posibilidad está expresamente prevista para el nivel contributivo, pero no para el nivel no contributivo¹³.

Dada la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario frente a la legislación nacional, el ámbito de aplicación subjetivo de la LOEX se circunscribe a los trabajadores fronterizos que residan en un Estado limítrofe con España, y que no sean a su vez Estados de la UE (Andorra y Maruecos).

En cuanto a las reglas especiales del desempleo, conviene matizar que los trabajadores fronterizos, que trabajen en España, sí tienen que cotizar por desempleo (según la Disposición adicional 16 RELOEX, en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo).

Si bien el legislador nacional establece la residencia en España como requisito para la percepción de la prestación económica de desempleo, conforme al legislador comunitario, la prestaciones por desempleo (contributivas y asistenciales) son exportables conforme al Reglamento de base con un máximo de 6 meses.

Por tanto, tenemos un colectivo de trabajadores con obligación de cotizar (y que de *lege ferenda* el RELOEX debería de excluir), y que no tiene derecho a exportar la prestación por desempleo, al residir en un Estado limítrofe con España (se cotiza por una prestación, que no va a poder ser lucrada. En definitiva, la regulación del legislador nacional no se corresponde con la realidad, por lo que en la práctica el trabajador

propia y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión. La vigencia de las sucesivas prórrogas coincidirá con la del contrato de trabajo o de la actividad por cuenta propia, con el límite máximo de un año. 4. Las autorizaciones se extinguirán cuando concurran las causas previstas para el resto de autorizaciones reguladas en este Reglamento, cuando sean aplicables, así como por la pérdida de la condición de trabajador transfronterizo. 5. El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular”.

¹³ Artículo 7 TRLGSS/2015: “1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional... 2. Asimismo, estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español”

opta por fijar su residencia administrativa en España, aunque de hecho resida en su país.

3. Trabajador en asignación internacional

Si el trabajador es desplazado a otro país (o en el caso de un autónomo, si lo decide él mismo), sigue asegurado en el país de origen¹⁴ siempre y cuando se den unos requisitos (trabajadores desplazados o expatriados): que exista una relación previa entre la empresa que desplaza y el trabajador desplazado, que la empresa que desplaza esté establecida en el Estado de origen, y que el desplazamiento sea temporal¹⁵. Cabe indicar que el propio Reglamento prevé la posibilidad de realizar excepciones al periodo temporal establecido, permitiéndose en la práctica hasta un periodo de 60 meses, o superior atendiendo al caso concreto¹⁶.

El ordenamiento jurídico español trata el tema como “movilidad internacional para el empleo”, a pesar de que la gestión de expatriados implica “movilidad internacional en el empleo. La expatriación implica multitud de incógnitas, de complicada respuesta jurídica y ello por varios factores: conflictos de leyes laborales aplicables y de jurisdicción competente; carácter multidisciplinar de la materia; e inexistencia de marco normativo que ordene todo de forma sistemática.

¹⁴ HERRERO COCO, C., «La protección social de los trabajadores destacados: Legislación aplicable. Particularidades y excepciones», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198, 1998, págs. 23-30. Señala el autor, que «el traslado de los trabajadores destacados fuera del territorio del país donde trabajan y cuyo sistema de protección social les es aplicable, impondría, en principio, una interrupción de su carrera de seguro por un corto periodo de tiempo que difícilmente les permitiría consolidar derechos en el país al que son destacados».

¹⁵ El artículo 12 Reglamento 883/2004 señala que «1. La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada. 2. La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de 24 meses».

¹⁶ En este sentido, la Recomendación número 16 de la Comisión Administrativa, de 12 de diciembre de 1984, aconseja que en determinados supuestos se considere la posibilidad de mantener la legislación de origen durante todo el desplazamiento.

¿Cómo se define el desplazamiento en la legislación comunitaria?:

la persona que ejerce una actividad asalariada en el territorio de un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y que dicho empleador envíe a otro estado a realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado Miembro, sigue sujeta a la legislación del primer Estado (fomenta libre circulación trabajadores y evita complicaciones administrativas) a condición de que la duración del trabajo no exceda de 24 meses, y que el trabajador no sea enviado en sustitución de otro trabajador (estos dos requisitos han sido muy flexibilizados por la jurisprudencia).

Si el desplazamiento no es entre Estados de la UE, habrá que ver si hay convenio bilateral de Seguridad Social firmado.

Respecto a la Ley aplicable, la regla general en los convenios es la unicidad de la Ley, y que esta única legislación aplicable será la del país donde el trabajador se encuentre prestando el servicio, salvo en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores expatriados de un Estado a otro, donde se permite mantener la legislación del Estado de origen durante un determinado periodo de tiempo¹⁷.

En cuanto al ámbito personal, no solamente se aplican a los trabajadores nacionales que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de uno o ambos países firmantes, sino que en algunos casos también serán de aplicación a los nacionales de terceros países que trabajen o hayan trabajado en uno o en ambos países y a sus familiares y derechohabientes.

El periodo de desplazamiento contiene un desplazamiento inicial y una prórroga ordinaria, que varía según los casos, desde los 24 meses hasta los 60 meses, o más en algún caso, y se distingue entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

¹⁷ Cada convenio tiene su propio contenido, pero guardan un esquema y contenido muy similar en cuanto a legislación aplicable: parten del principio general de sometimiento a una única legislación en materia de altas y cotizaciones y se rigen por el criterio general de que la legislación aplicable es la del Estado donde el trabajador presta el servicio (*lex loci laboris*). Para los trabajadores desplazados por su empresa desde el territorio de un Estado al de otro Estado firmante, se establece la excepción a esta regla anterior, en el sentido de mantener como legislación aplicable de forma exclusiva la del Estado origen, hasta un máximo de tiempo que varía según el convenio que resulte de aplicación; y a partir de dicho plazo el sometimiento a la legislación del Estado de destino.

| TEMPORALIDAD DE LOS DESPLAZAMIENTOS EN LOS CONVENIOS BILATERALES | | | |
|---|-----------------------------------|-------------------------|--|
| PAÍSES (Nacionalidad) | DESPLAZAMIENTO INICIAL | | PRÓRROGAS |
| | Cuenta propia | Cuenta ajena | |
| ANDORRA (Todas) | 2 años | | 1 año 3 años ajena/1 año propia |
| ARGENTINA (Todas) | 24 meses | | 24 meses No especificado en convenio |
| AUSTRALIA (Todas) | 5 años | | 5 años No especificado en convenio |
| BRASIL (Todas) | 3 años | | 2 años solo asalariados |
| CABO VERDE (Todas) | 3 años | | 3 años 1 año para ajena y propia |
| CANADÁ (Todas) | 5 años | | No previsto No especificado en convenio |
| CHINA | 6 años | | No previsto No especificado en convenio |
| CHILE (España/Chile) | 3 años | | 3 años 2 años para ajena y propia |
| COLOMBIA (España/ Colombia) | 3 años | | 3 años 3 años para ajena y propia |
| COREA (Todas) | 60 meses | | 60 meses No especificado en convenio |
| ECUADOR (Todas) | 3 años | | 3 años 2 años para ajena y propia |
| EEUU Y PUERTO RICO (Todas) | 5 años | | No previsto 1 año, solo asalariados |

| | | | |
|---|----------|-------------|-----------------------------|
| FILIPINAS (España/Filipinas) | 5 años | 2 años | No especificado en convenio |
| JAPÓN (Todas) | 5 años | 5 años | No especificado en convenio |
| MARRUECOS (España/Marruecos) | 3 años | No previsto | No especificado en convenio |
| MÉXICO (España/México) | 2 años | 2 años | 2 años para ajena y propia |
| PARAGUAY (Todas) | 24 meses | 24 meses | No especificado en convenio |
| PERÚ (Todas) | 2 años | 2 años | 1 año para ajena y propia |
| REP. DOMINICANA (España/Rep. Dom.) | 3 años | 3 años | 2 años para ajena y propia |
| RUSIA (España/Rusia) | 5 años | No previsto | No especificado en convenio |
| TÚNEZ (España/Túnez) | 24 meses | No previsto | 2 años, solo asalariados |
| UCRANIA (España/Ucrania) | 2 años | 2 años | 2 años para ajena y propia |
| URUGUAY (Todas) | 24 meses | No previsto | No especificado en convenio |
| VENEZUELA (España/Venezuela) | 2 años | No previsto | 1 año, solo asalariados |
| REINO UNIDO (Todas, sólo desplazados a las Islas de Jersey o de Man) | 12 meses | No previsto | 12 meses, solo asalariados |
| SUIZA (No nacionales UE, ni suizos) | 24 meses | No previsto | No especificado en convenio |

Mientras que los Reglamentos comunitarios hablan de tanto de prestaciones contributivas como de las no contributivas, los convenios bilaterales sólo hablan de las primeras. En el apartado de prestaciones incluidas, cada convenio bilateral contiene una regulación diferente de las prestaciones recogidas en los mismos, así como los requisitos para el reconocimiento de las mismas. A nivel general, la mayoría de ellos incluye previsiones en relación con: asistencia sanitaria por maternidad, o enfermedad o accidente; prestaciones económicas por incapacidad temporal y maternidad; prestaciones por incapacidad permanente, vejez, y muerte y supervivencia; prestaciones de protección familiar; y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituye un instrumento de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, en materia de pensiones, de los diferentes Estados iberoamericanos que lo ratifiquen y que, además, suscriban el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla. Se firmó el 10 de noviembre de 2007, en el marco de la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011 al ser ratificado por siete Estados. Limita su campo de aplicación personal a las personas, con independencia de su nacionalidad, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes.

Es una noma internacional, acordada entre varios Estados, que no busca establecer unos mínimos comunes de protección (armonización), sino la coordinación de sus legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social, con el objetivo de mejorar la protección de los trabajadores migrantes y sus familias, y de evitar el *dumping* social (no modificando ni sustituyendo legislaciones nacionales).

En cuanto a la determinación de la legislación aplicable, como regla general, los trabajadores a quienes se aplica este Convenio están sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación¹⁸. Pero si se trata del traslado temporal de un traba-

¹⁸ Regla general establecida en el artículo 9 Convenio.

jador por cuenta ajena, podrá mantener la legislación del Estado parte de origen por un periodo máximo de 12 meses, pudiéndose prorrogar dicho desplazamiento otros 12 meses más.

Establece que la persona que ejerza una actividad dependiente al servicio de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados parte que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladada para prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado parte, continuará sujeta a la legislación del Estado parte de origen hasta un plazo de 12 meses, pudiéndose éste prorrogar por otro periodo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad competente del otro Estado parte¹⁹. Para profesionales, sólo 12 meses sin posibilidad de prórroga.

En cuanto a las prestaciones, solo contempla las contributivas y no todas: económicas de invalidez, vejez, supervivencia, y de accidente de trabajo y enfermedad profesional, excluyéndose expresamente las prestaciones relativas a las víctimas de guerra o de sus consecuencias, los regímenes no contributivos, y la asistencia social (se establece la posibilidad de incluir otras ramas, como asistencia sanitaria, entre sus anexos).

4. Trabajador que realiza actividades en más de un país

Si el trabajador lleva a cabo el ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros simultáneamente, distinguimos estos supuestos²⁰:

- a) La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros puede estar sujeta a las siguientes regulaciones:

La legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad (esto es, más del 25% en cuanto a jornada y en cuanto a salario, si bien para ello se tiene en cuenta los 12 meses

¹⁹ Artículo 10 Convenio.

²⁰ Artículo 13 Reglamento 883/2004.

siguientes) en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros.

La legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.

- b) La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros puede estar sujeta a las siguientes regulaciones²¹:

La legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro.

La legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de actividad.

La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza una actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad en dos o más Estados miembros, a la legislación determinada de conformidad con estas reglas generales.

²¹ Sobre esta regulación, bajo la vigencia del Reglamento 1408/71, véase STJCE de 26 de mayo de 2005, Asunto José Allard, C-249/04.

INMIGRANTES DE INTERÉS ECONÓMICO¹

DR. JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad CEU San Pablo, CEO *Universities*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. *Flexibilidad de entrada selectiva.*

1.2. *Requisitos generales de estancia y residencia.*

2. VISADO Y AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA PARA INVERSORES.

2.1. *Inversión significativa: concepto y modalidades.*

2.1.3. Inversión en valores mobiliarios.

2.1.2. Adquisición de bienes inmuebles.

2.1.3. Proyecto empresarial de interés general.

2.2. *Visado por inversión.*

2.2.1. Acreditación de la inversión.

A. Inversión en valores mobiliarios.

B. Adquisición de bienes inmuebles.

C. Proyecto empresarial de interés general.

2.2.2. Inversión por personas jurídicas y matrimonios.

¹ El presente trabajo se realiza al amparo del Proyecto I+D+i 2016 de la Fundación Hergar, Código FH2016-008 “El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud”, dirigido por Djamil Tony Kahale Carrillo.

2.3. Autorización de residencia para inversores.

2.3.1. Solicitante con visado de residencia para inversores.

A. Requisitos documentales.

B. Requisitos fiscales y de seguridad social.

2.3.2. Solicitante sin visado de residencia para inversores.

2.3.3. Duración de la autorización de residencia para inversores.

3. ACTIVIDAD EMPRENDEDORA Y EMPRESARIAL.

3.1. Concepto y requisitos.

3.2. Entrada, estancia y residencia.

4. PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS.

5. INVESTIGADORES.

6. TRASLADO INTRAEMPRESARIAL.

7. MANTENIMIENTO DE LOS REQUISITOS.

8. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS CLAVE: Inmigración, movilidad internacional, inversión, emprendedor, visado.

1. Introducción

1.1. Flexibilidad de entrada selectiva

Desde siempre –más en la economía mundializada de nuestro tiempo- la internacionalización ha sido sinónimo de prosperidad y creación de riqueza. La crisis económica ha puesto en evidencia la interrelación entre migraciones y riqueza, y el potencial de la inmigración para la recuperación económica². No es de extrañar así que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en adelante Ley de Emprendedores o LE, dedique parte importante de su contenido –el Título V- a la “Internacionalización de la economía española”, que refleja una nueva forma de entender la inmigración. “Por

² BLÁZQUEZ, I. Y BAKER, E.: “Inmigración, desarrollo económico y crisis: venturas y desventuras de la UE en busca de una política común”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35 (2014), pág. 251.

primera vez en una norma con rango de ley, se considera que la política migratoria puede ser concebida como un elemento de competitividad”, como desde hace tiempo ocurre en el ámbito anglosajón, donde países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Reino Unido poseen desde hace tiempo normas migratorias dirigidas a atraer el talento, la inversión y el emprendimiento, y así alcanzar el progreso económico, científico y social³. Con la Ley de Emprendedores el Estado español viene a hacer lo mismo que están haciendo otros países europeos, que hasta hace poco seguían políticas migratorias eminentemente defensivas y que con la crisis han visto la necesidad de captar capital y talento extranjeros.

El Preámbulo de la Ley de Emprendedores traza cinco ideas básicas en torno a las cuales debe girar la internacionalización de la economía española:

1. Internacionalización como motor de crecimiento económico: *La crisis económica ha puesto de manifiesto el mejor comportamiento de las empresas internacionalizadas y la importancia de la internacionalización como factor de crecimiento y diversificación del riesgo. Las empresas internacionalizadas experimentan ganancias de productividad, mejoras en la gestión, mejor capacidad de acceso a la financiación y son, en definitiva, las que tiene mayor capacidad para crecer y crear empleo. La internacionalización se revela más que nunca como un motor de crecimiento económico a largo plazo de la economía española por su relación con la competitividad y los incrementos de productividad* (LE, Preámbulo. I).
2. Apertura de la Administración al proceso de internacionalización: *Además, los flujos internacionales están cambiando a velocidad mucho mayor de lo que nuestra Administración ha estado dispuesta a adaptarse en los últimos años. Las empresas tienen que desarrollar políticas y prácticas específicas para apoyar su extensión en otros países y la Administración española debe ajustar sus procesos para apoyar a estos movimientos a escala global* (LE, Preámb. I). No obstante, se ha dicho que “el cambio de mentalidad que

³ BLANCO GAZTAÑAGA, C.: “La política de migración como elemento de competitividad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 115 (2015), pág. 47.

para la Administración del Estado en todos sus ámbitos supone la Ley 14/2013, en lo que a visados de inversión y residencia de profesionales cualificados se refiere, todavía no es efectiva. Pese a la voluntad y empeño de por ejemplo el Ministerio de Economía y Competitividad no es extraño encontrarnos con funcionarios consulares que ni siquiera han oído hablar de los visados de inversiones (...) y misiones diplomáticas con puertas cerradas a cal y canto donde el potencial inversor no tiene modo de acceder a la información más básica”⁴.

3. Necesidad de más profesionales y directivos formados para la internacionalización: *En este sentido, el número de profesionales y directivos que tiene España con las capacidades necesarias para gestionar la internacionalización empresarial es, en algunos supuestos, insuficiente y resulta necesario que profesionales extranjeros en ámbitos muy específicos vengan a formar españoles o a formarse ellos en España* (LE, Preámb. I).
4. Cambio de paradigma de la política de inmigración: *Tradicionalmente, la política de inmigración se ha enfocado únicamente hacia la situación del mercado laboral. Ahora corresponde ampliar la perspectiva y tener en cuenta no solo la situación concreta del mercado laboral interno, sino también la contribución al crecimiento económico del país. La política de inmigración es cada vez en mayor medida un elemento de competitividad. La admisión, en los países de nuestro entorno, de profesionales cualificados es una realidad internacional que, a nivel global, se estima que representa el 30 por ciento de la emigración económica internacional* (LE, Preámb. I). Frente a la visión restrictiva de la política de inmigración, que veía en el emigrante un peligro para el empleo interno y para la cohesión social, se imponen perspectivas más abiertas que ven en la inmigración –a determinados niveles- una oportunidad. De hecho, la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Emprendedores establece que “no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en las autorizaciones reguladas en la sección 2ª del Título V”, que son

⁴ BLASCO RODELLAR, M. E.: “El Gobierno español suaviza los requisitos para la concesión de las *Golden Visa*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 904 (2015), BIB 2015/1468, pág. 1.

precisamente las calificadas de interés económico, entre las que se encuentran las de inversores y emprendedores⁵.

No podemos obviar aquí la crítica doctrinal hacia el excesivo peso de la razón económica que hasta el momento ha condicionado “el modelo político-jurídico de regulación de las migraciones en España”, que impone una visión instrumental entre migraciones y mercado de trabajo⁶. La paradoja es que es ahora precisamente la razón económica la que conduce a no tener en cuenta la situación nacional del empleo. La visión instrumental de la inmigración no desaparece; se mantiene, pero con tintes diferentes. En realidad, la incorporación de inmigración de inversores y emprendedores no entraña un peligro para el empleo de los trabajadores nacionales, sino más bien una oportunidad. “De este modo, el objetivo de las iniciativas europeas es confesadamente utilitarista”⁷.

⁵ La STS, 4ª, de 14 de mayo de 2010, se pronuncia sobre la legalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2007, que –en ejercicio de la habilitación atribuida por la LO 4/2000- aprobó las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas o de especial interés cultural. Dichas Instrucciones –sirvan de antecedente al caso que nos ocupa- obviaban la situación nacional de empleo. Si bien la STS de 14 de mayo de 2010 declara la nulidad de algún aspecto menor de las Instrucciones, respalda el modelo: “La situación económica europea en general y la española en particular precisan de medidas que contribuyan al aumento de la competitividad, que es esencial para la materialización de inversiones, creación de empleo y para el mantenimiento de nuestro modelo económico y social. A este objetivo se puede contribuir mediante la captación de la inmigración cualificada, como han hecho ya otros países –Australia, Canadá o Estados Unidos–, según se destaca en las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Reflexión encargado por el Consejo de Ministros (...) De modo que la contratación de trabajadores extranjeros por empresas establecidas en España, cuando se trata de cubrir puestos de muy alta y específica cualificación se convierte en un factor productivo clave (...). Desde esta perspectiva debe observarse que la disposición adicional primera, apartado 4, del reglamento de la LO de tanta cita (LO 4/2000) que constituye la norma que habilita al Consejo de Ministros a dictar las instrucciones que se recurren. Y lo cierto es que en dicha habilitación normativa se hace referencia a *cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorización de residencia temporal y/o trabajo...*”

⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Balance y perspectiva de las migraciones económico-laborales en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico-políticas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 33 (2013), pág. 72.

⁷ USHAKOVA, T.: “La migración altamente cualificada como apuesta estratégica de la Unión Europea: un análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100 bis (2012), pág. 49.

5. Necesidad de normas de inmigración más flexibles: *Frente a esta realidad, la mayor parte de los países de la OCDE están implantando nuevos marcos normativos que son, sin duda, un elemento de competitividad. La OCDE ha identificado como un factor básico para favorecer el emprendimiento el entorno institucional y regulatorio del Estado de acogida. Por ello, los países más avanzados disponen ya de sistemas especialmente diseñados para atraer inversión y talento, caracterizados por procedimientos ágiles y cauces especializados* (LE, Preámb. I). En gran medida, esta flexibilidad está condicionada por las reformas y medidas que para captar inversionistas hacen otros países de nuestro entorno.

Esa flexibilidad de entrada en el mundo activo español no es generalizada, sino selectiva. El artículo 61.1 de la Ley de Emprendedores es claro: *Los extranjeros que se propongan entrar o residir, o que ya residan, en España verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico*. El mismo precepto identifica los colectivos cuya entrada y permanencia en España responde a un interés económico: a) inversores, b) emprendedores, c) profesionales altamente cualificados, d) investigadores y e) trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupos de empresas.

En estos supuestos se produce una relajación respecto a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de entrada, residencia y trabajo⁸. Así, se ha dicho que “se genera una regulación de extranjería paralela o dual a la contenida en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su Reglamento de desarrollo, que parece haber quedado dirigida a personas extranjeras autónomas y empresarias de escaso poder adquisitivo y trabajadores por cuenta ajena de inferior cualificación, o de alta cualificación pero

⁸ Incidiendo sobre la flexibilización de requisitos y procedimiento para visados y autorizaciones de residencia contemplados en la Sección 2ª del Título V de la Ley de Emprendedores, GARICANO SOLÉ, A., “La contratación de nacionales extranjeros altamente cualificados y los desplazamientos transnacionales a España tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 115 (2015), pág. 88.

contratados por empresas o grupos empresariales de menor interés económico”⁹.

1.2. Requisitos generales de estancia y residencia

Obviamente, esa mayor facilidad de entrada y permanencia no afecta a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia (art. 61.2 LE). Los restantes extranjeros que deseen estar o residir en territorio español, junto a los requisitos específicos para cada visado o autorización, deben cumplir los requisitos generales recogidos en el artículo 62 de la Ley de Emprendedores:

- a) Para estancias no superiores a tres meses, deben reunirse las condiciones de entrada previstas en el Reglamento CE 562/2006, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen).
- b) En los supuestos de visados de estancia, se deberán acreditar además los requisitos previstos en el Reglamento CE 810/2009, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).
- c) En los supuestos de visados de residencia previstos en el Reglamento UE 265/2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el reglamento CE 562/2006, de 15 de marzo, por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración, así como para las autorizaciones de residencia, el solicitante debe acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:
 - No encontrarse irregularmente en territorio español.
 - Ser mayor de 18 años.

⁹ VELA DÍAZ, R.: “El nuevo modelo migratorio de acceso privilegiado tras la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores: Hacia una inmigración selectiva de carácter económico”, *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 37 (2014), pág. 107.

- Carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español.
- No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España.
- Abonar la tasa por tramitación de la autorización o visado.

Conforme a lo previsto en el artículo 62.4 de la Ley de Emprendedores, el cónyuge (o persona con análoga relación de afectividad), los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar, y los ascendientes a cargo, que se reúnan o acompañen a los extranjeros que se propongan entrar o residir en España por razones de interés económico a lo que se refiere el artículo 61.1 de la Ley de Emprendedores, podrán solicitar, conjunta o simultánea o sucesivamente, la autorización y, en su caso, el visado. Para ello debe quedar acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en el párrafo precedente.¹⁰

Además de los anteriores requisitos, son de aplicación –art. 64.5 LE- las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como las obligaciones tributarias y de seguridad social correspondientes¹¹.

¹⁰ En su versión original, la Ley de Emprendedores sólo contemplaba la residencia automática del cónyuge y de los descendientes menores de 18 años, lo que al entrar en contradicción con otras normas, como la Ley 4/2000, de extranjería, y el RD 240/2007, de Régimen Comunitario, que incluían a parejas de hecho, ascendientes a cargo y –la segunda- a descendientes mayores de edad a cargo, hubo de ser rectificado. En este sentido, Blasco Rodellar, M. E.: “El Gobierno español suaviza los requisitos para la concesión de las *Golden Visa*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 904 (2015), BIB 2015/1468, pág. 1. Véase también KAHALE CARRILLO, D. T.: “La aplicación del régimen comunitario de extranjería a la pareja de hecho registrada de ciudadano comunitario”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 110 (2014), págs. 257 a 281.

¹¹ Según la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V0346-15, de 30 de enero de 2015, “el hecho de tener un permiso de residencia concedido conforme a la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no presupone que se tenga la residencia fiscal en España, la cual no se adquiere o se pierde mediante la concesión o denegación de un visado o permiso de residencia administrativa, sino mediante el cumplimiento de los requisitos que establece (...) la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

Una de las principales responsabilidades de los Estados es garantizar la seguridad de sus ciudadanos. Ello exige de medidas preventivas como la contemplada en el artículo 62.6 de la Ley de Emprendedores, según el cual, las Misiones diplomáticas y Oficinas Consulares, al recibir las solicitudes de visados de residencia, efectuaran a la Dirección General de la Policía las consultas pertinentes destinadas a comprobar si el solicitante representa un riesgo en materia de seguridad. La Dirección General de la Policía debe responder en un plazo máximo de siete días desde la recepción de la consulta. Trascendido ese plazo sin haber obtenido respuesta, se entenderá que ésta es positiva.

2. Visado y autorización de residencia para inversores

En la economía globalizada de nuestro tiempo, en el que la competencia internacional es cada vez mayor, uno de los elementos que empresas e inversores toman en consideración para establecerse o invertir en uno u otro país –junto a otros extremos- es la normativa migratoria de cada uno de ellos: la mayor o menos facilidad para obtener visados y autorizaciones de residencia, así como las facilidades de reagrupación familiar¹².

La Ley de Emprendedores facilita la obtención de visados y autorizaciones de residencia cuando el solicitante desea realizar una inversión significativa. Son las conocidas como *golden visa*¹³, que, unidas al estilo de vida, al sistema social y a la tolerancia de la sociedad española (en los últimos lustros, la sociedad española ha acogido numerosa migración no cualificada sin que apenas haya existido tensión social), presentan a nuestro país como un atractivo destino para la migración cualificada o *business related migration*¹⁴.

El artículo 63.1 de la Ley de Extranjería establece un visado especial, de residencia para inversores: *Los extranjeros no residentes que se propongan entrar en territorio español con el fin de realizar una inversión significativa de capital podrán solicitar el visado de estancia, o en su*

¹² BLANCO GAZTAÑAGA, C.: “La política de migración como elemento de competitividad”, cit., pág. 50.

¹³ BLASCO RODELLAR, M. E.: “El Gobierno español suaviza los requisitos...”. cit., pág. 1.

¹⁴ BLANCO GAZTAÑAGA, C.: “La política de migración como elemento de competitividad”, cit., pág. 51.

caso, de residencia para inversores que tendrá una duración de un año. Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 66.1 de la Ley de Emprendedores, los inversores extranjeros que realicen una inversión significativa de capital pueden solicitar una autorización de residencia para inversores, con validez en todo el territorio nacional. En ambos supuestos, la causa de obtención del visado o autorización de residencia obedece a la existencia de una inversión significativa por el extranjero solicitante.

2.1. Inversión significativa: concepto y modalidades

Estamos ante una inversión significativa cuando –art. 63.2 LE- se adquieren valores mobiliarios por encima de determinados umbrales, se adquiera algún bien inmueble por encima de una determinada cifra o se realice un proyecto empresarial de interés general; ya sea por una persona física, ya a través de una persona jurídica. Según establece el artículo 65 de la Ley de Emprendedores, la concesión del visado de residencia para inversores constituye título suficiente para residir y trabajar en España durante su vigencia.

2.1.3. Inversión en valores mobiliarios

El artículo 63.2 a) de la Ley de Emprendedores entiende que existe inversión significativa cuando se realiza una inversión inicial por un valor igual o superior a:

- Dos millones de euros en títulos de deuda pública española, o
- Un millón de euros en acciones o participaciones sociales de sociedades de capital españolas con actividad real de negocio, o
- Un millón de euros en fondos de inversión, fondos de inversión de carácter cerrado o fondos de capital riesgo constituidos en España, incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 3572003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, o de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades

- gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, o
- Un millón de euros en depósitos bancarios en entidades financieras españolas.

2.1.2. Adquisición de bienes inmuebles

El artículo 63.2 *b)* de la Ley de Emprendedores entiende que también existe inversión significativa en el supuesto de adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros por cada solicitante¹⁵.

2.1.3. Proyecto empresarial de interés general

En fin, el artículo 63.2 *c)* de la Ley de Emprendedores entiende que también existe inversión significativa, cuando exista un proyecto empresarial que vaya a ser desarrollado en España y que sea considerado y acreditado como de interés general, para lo cual se valorará el cumplimiento de al menos una de las siguientes condiciones: Creación de puestos de trabajo, realización de una inversión con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a realizar la actividad, o aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.

2.2. Visado por inversión

2.2.1. Acreditación de la inversión

A. Inversión en valores mobiliarios

El extranjero solicitante del visado debe acreditar haber hecho dicha inversión, en un periodo no superior a un año a la presentación de la solicitud, de la siguiente manera (art. 64 *a)* LE):

¹⁵ Para ORTEGA GIMÉNEZ, A. Y GONZÁLEZ MARTÍN, J. A., “Impacto de la nueva ley de emprendedores. Análisis crítico en el ámbito internacional: movilidad internacional, captación de inversión y contratación de profesionales extranjeros en España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2014), BIB 2014/4268, pág. 13, la cantidad exigida es excesivamente elevada si tenemos en cuenta las adquisiciones de inmuebles ubicados en España de valor igual o superior a dicha cifra por extranjeros extracomunitarios durante los años precedentes.

- En el supuesto de inversión en acciones no cotizadas o participaciones sociales, se presentará un ejemplar de la declaración de inversión realizada en el registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Competitividad.
- En el supuesto de inversión en acciones cotizadas, se presentará un certificado del intermediario financiero, debidamente registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores o en el Banco de España, en el que conste que el interesado ha efectuado la inversión a estos efectos.
- En el supuesto de inversión en deuda pública, se presentará un certificado de la entidad financiera o del Banco de España en el que se indique que el solicitante es el titular único de la inversión para un periodo igual o superior a 5 años.
- En el supuesto de inversión en fondos de inversión, fondos de inversión de carácter cerrado o fondos de capital riesgo constituidos en España, se presentará un certificado de la sociedad gestora del fondo, constituida en España, debidamente registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el que conste que el interesado ha efectuado una inversión de, al menos, un millón de euros en un fondo o fondos bajo su gestión.
- En el supuesto de inversión en depósito bancario, se presentará un certificado de la entidad financiera en que se constate que el solicitante es el titular único del depósito bancario.

B. Adquisición de bienes inmuebles

En este supuesto, según exige el artículo 64 *b*) de la Ley de Emprendedores, el solicitante debe acreditar haber adquirido la propiedad de los bienes inmuebles mediante certificación de dominio y cargas del Registro de la Propiedad que corresponda al inmueble o inmuebles. La certificación puede incorporar un código electrónico de verificación para su consulta en línea. La certificación ha de incluir el importe de la adquisición; en otro caso, se deberá acreditar mediante la aportación de la escritura pública correspondiente.

Si en el momento de solicitud del visado la adquisición se encontrara en trámite de inscripción en el registro de la Propiedad, bastará la presentación de la citada certificación en la que conste vigente el asiento de presentación del documento de adquisición,

acompañada de documentación acreditativa del pago de los tributos correspondientes.

Lo que se debe acreditar es haber realizado una inversión en bienes inmuebles de 500.000 euros libre de cualquier carga o gravamen. La parte que exceda de dicho importe puede estar sometida a carga o gravamen.

Puede ocurrir que no se haya formalizado aún la compra del inmueble o inmuebles, pero que exista un precontrato con garantía de cumplimiento por medio de arras u otro medio admitido en derecho. En ese caso, el precontrato –con la garantía- debe estar formalizado en escritura pública, que será presentada junto con un certificado de entidad financiera establecida en España en el que conste que el solicitante dispone de un depósito bancario indisponible con la cantidad necesaria para la adquisición conforme al contrato comprometido, incluyendo cargas e impuestos. El importe del depósito sólo podrá ser utilizado para la compra final del inmueble o inmuebles indicados en el precontrato con garantía. En este supuesto, la duración máxima del visado de residencia para inversores será de seis meses. Si posteriormente se acredita la compra efectiva, el interesado podrá solicitar un visado de residencia para inversores de un año de duración o, en su caso, una autorización de residencia para inversores conforme a lo establecido en el artículo 66 de la Ley de Emprendedores.

C. Proyecto empresarial de interés general

En este caso, para la concesión del visado, se deberá presentar un informe favorable para constatar que en el proyecto empresarial concurren razones de interés general. El informe debe proceder de la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica donde el inversor presente la solicitud del visado (art. 64 c) LE).

En este supuesto, de proyecto empresarial de interés general, el visado puede ser obtenido por un representante designado por el inversor y debidamente acreditado (art. 63.2. c) LE). En tal caso, la misma Oficina Económica y Comercial que deba hacer el informe valorará la necesidad de que dicho representante intervenga para la adecuada gestión del proyecto empresarial.

2.2.2. *Inversión por personas jurídicas y matrimonios*

En todos los supuestos, la inversión se puede realizar a través de una persona jurídica. Se entiende –art. 63.3 LE- que el extranjero solicitante del visado ha realizado una inversión significativa de capital cuando la conversión la lleve a cabo una persona jurídica domiciliada en un territorio que no tenga la consideración jurídica de paraíso fiscal conforme a derecho español y el extranjero posea, directa o indirectamente, la mayoría de sus derechos de voto, y tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de su órgano de administración. En tal caso, para obtener el visado de residencia para inversores, se deberá presentar un informe favorable de la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica donde el inversor presente la solicitud de visado.

La inversión puede realizarse por un matrimonio en régimen de gananciales o análogo. Cuando así suceda y la cuantía invertida no doble los umbrales de inversión exigidos para los supuestos de inversión de capital y adquisición de bienes inmuebles, se considera –art. 63.4 LE- que ha sido efectuada por uno de los cónyuges, pudiendo el otro solicitar un visado de residencia como familiar¹⁶.

2. 3. **Autorización de residencia para inversores**

Conforme a lo establecido en el artículo 66.1 de la Ley de Emprendedores, los inversores extranjeros que realicen una inversión significativa de capital pueden solicitar una autorización de residencia para inversores, con validez en todo el territorio nacional. La concesión corresponde a la Dirección General de Migraciones y su tramitación se efectúa por la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos estratégicos¹⁷.

¹⁶ En los términos establecidos en el art. 62.4 LE.

¹⁷ Ha de tenerse presente que las autorizaciones de residencia por –entre otras más– inversiones y emprendimiento, se tramitarán, como de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, la Disp. Ad. 4ª LE establece que las solicitudes de expedición, modificación o renovación de estos permisos se presentarán mediante un procedimiento único de solicitud, y que las decisiones de expedición, modificación o renovación de los mismos constituirá un único acto administrativo, sin perjuicio del procedimiento de expedición del visado que corresponda. Véase, MARTÍN PUEBLA, E.: “La política común de inmigración de la Unión Europea y la Directiva del permiso único”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 32 (2013), págs. 55 a 79.

Puede obtener la misma autorización un representante designado por el inversor -que esté debidamente acreditado- para la gestión de un proyecto empresarial de interés general que cumpla alguna de las condiciones enumeradas en el artículo 63.2 c) de la Ley de Emprendedores: creación de puestos de trabajo, realización de una inversión con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a realizar la actividad, o aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.

2.3.1. Solicitante con visado de residencia para inversores

Cuando el solicitante de la autorización de residencia sea titular de un visado de residencia para inversores en vigor o se encuentre dentro del plazo de los noventa días naturales posteriores a la caducidad del visado, debe acreditar, además de los requisitos generales previstos en el artículo 62 de la Ley de Emprendedores, ya vistos a propósito del visado de residencia para inversores, los siguientes requisitos adicionales (art. 66.2 LE), de tipo documental y fiscal:

A. Requisitos documentales:

a) En el supuesto de inversiones en valores mobiliarios, el inversor debe demostrar que ha mantenido la inversión de un valor igual o superior a la cantidad mínima requerida:

- En el supuesto de acciones no cotizadas o participaciones sociales, se deberá presentar un certificado notarial que demuestre que el inversor ha mantenido durante el periodo de referencia anterior la propiedad de las acciones no cotizadas o participaciones sociales que le facultaron para obtener el visado de inversores. El certificado debe estar fechado dentro de los treinta días anteriores a la presentación de la solicitud.
- En el supuesto de inversión en acciones cotizadas, se deberá presentar un certificado de una entidad financiera, en el que conste que el interesado ha mantenido, al menos, en valor promedio un millón de euros invertidos en acciones desde la fecha de obtención del visado de referencia de inversores. Como en el supuesto anterior, el certificado debe estar fechado

dentro de los treinta días anteriores a la presentación de la solicitud.

- En el supuesto de inversión en títulos de deuda pública, se debe presentar un certificado de una entidad financiera o del Banco de España en el que se verifique el mantenimiento, o ampliación, desde la fecha de obtención del visado de residencia para inversores, del número de títulos de deuda pública que adquirió el inversor en el momento en que se realizó la inversión inicial. Como en los casos anteriores, el certificado debe estar fechado dentro de los treinta días anteriores a la presentación de la solicitud.
- En el supuesto de inversión en fondos de inversión, fondos de inversión de carácter cerrado o fondos de capital riesgo constituidos en España, se deberá presentar un certificado de la sociedad gestora del fondo, constituida en España, debidamente registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el que conste que el interesado ha mantenido, desde la fecha de obtención del visado de residencia para inversores, al menos, en valor promedio, un millón de euros invertido en un fondo o fondos bajo su gestión. Como en los supuestos que anteceden, el certificado debe estar fechado dentro de los treinta días anteriores a la presentación de la solicitud.
- En el supuesto de inversión en depósito bancario, se debe presentar un certificado de la entidad financiera que verifique que el inversor ha mantenido, o ampliado, su depósito desde la fecha de obtención del visado de residencia para inversores. También en este caso el certificado debe estar datado dentro de los treinta días anteriores a la presentación de la solicitud.

b) Cuando se hayan adquirido bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a quinientos mil euros por cada solicitante, este último debe demostrar que el inversor es propietario del bien o bienes inmuebles por cantidad igual o superior a dicha cifra. Para ello ha de aportar el certificado o certificados de dominio o cargas del Registro de la Propiedad que corresponda al inmueble o inmuebles, que debe o deben estar fechados dentro de –aquí se amplía el plazo– los noventa días anteriores a la presentación de la solicitud. Si el solicitante

está en posesión de un visado de residencia para inversores de seis meses, le corresponde demostrar que ha adquirido de forma efectiva el inmueble o inmuebles indicados mediante la documentación correspondiente.

c) Si se desarrolla un proyecto empresarial considerado y acreditado como de interés general, se debe presentar un informe favorable de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Economía y Competitividad, que constate que las razones de interés general acreditadas inicialmente se mantienen.

d) En el caso de inversión significativa llevada a cabo por persona jurídica, contemplado en el artículo 63.3 de la Ley de Emprendedores, se debe presentar un informe favorable de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Economía y Competitividad, que constate que los elementos verificados en el momento de concesión del visado se mantienen.

B. Requisitos fiscales y de seguridad social: El solicitante debe haber cumplido sus obligaciones en materia tributaria y de seguridad social.

2.3.2. Solicitante sin visado de residencia para inversores

Según establece el artículo 66.3 de la Ley de Emprendedores, si el solicitante de la residencia para inversores se encuentra legalmente en España y no es titular del visado de residencia para inversores, deberá acreditar, además del cumplimiento de los requisitos generales previstos en el artículo 62 de dicha ley, la realización de una inversión significativa de capital conforme al artículo 64 del mismo texto legal, siendo de aplicación las siguientes reglas particulares:

- Si la inversión se lleva a cabo por un matrimonio en régimen de gananciales o análogo y la cuantía no asciende, al menos, al doble de los umbrales previstos en el artículo 63.2 *a)* y *b)* de la Ley de Emprendedores, se considera que ha sido efectuada por uno de los cónyuges, pudiendo el otro cónyuge solicitar una autorización de residencia como familiar en los términos del artículo 64 de la misma ley.
- Cuando se desarrolle un proyecto empresarial considerado y acreditado como de interés general, el informe del Proyecto

procederá de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

- También en el supuesto de inversiones realizadas por una persona jurídica domiciliada en territorio extranjero que no sea paraíso fiscal el informe procederá de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.
- Si el extranjero no ha formalizado la compra pero existe un precontrato con garantía en su cumplimiento por medio de arras u otro medio admitido en derecho formalizado en escritura pública, deberá presentar, junto al cumplimiento de los requisitos materiales exigidos en el artículo 62.3 de la Ley de Emprendedores, el precontrato con garantía junto con un certificado de la entidad financiera establecida en España en el que se constate que el solicitante dispone de un depósito bancario indisponible con la cantidad necesaria para la adquisición, cumpliendo el contrato comprometido, del inmueble o inmuebles, incluyendo cargas e impuestos. El importe del depósito sólo podrá ser utilizado para la compra final del inmueble o inmuebles indicados en el precontrato con garantía. En este supuesto, el interesado recibirá una autorización de residencia para inversores de duración máxima de seis meses. Cuando se acredite la adquisición inmobiliaria igual o superior al medio millón de euros, el interesado puede solicitar autorización de residencia para inversores.

2.3.3. Duración de la autorización de residencia para inversores

La autorización inicial de residencia para inversores tiene una duración de dos años (art. 67.1 LE). La excepción la encontramos en el supuesto de adquisición de inmueble no formalizada, que, como acabamos de ver, no puede ser superior a seis meses.

Una vez cumplido dicho plazo, aquellos inversores extranjeros que estén interesados en residir en España por una duración superior pueden solicitar –art. 67.2 LE- la renovación de la autorización de residencia por periodos sucesivos de cinco años, siempre y cuando mantengan las condiciones que generaron el derecho.

La Disposición Adicional 6ª de la Ley de Emprendedores prevé que, sin perjuicio de la necesidad de acreditar, conforme a la legislación

vigente, la continuidad de la residencia en España para la adquisición de la residencia de larga duración o la nacionalidad española, la renovación de la residencia puede efectuarse incluso cuando se produzcan ausencias superiores a seis meses al año en el caso de visados de residencia y autorizaciones para inversores extranjeros. Adviértase que, a diferencia de otras causas de autorización de residencia, en el supuesto que nos ocupa lo relevante es que la inversión significativa permanezca en España.

Según advierte el artículo 67.3 de la ley de Emprendedores, si durante el periodo de residencia autorizado se modifica la inversión deberá, en todo caso, mantenerse el cumplimiento de alguno de los supuestos previstos en el artículo 63 de dicha Ley. Sin embargo –aclara el mismo precepto– esta exigencia no rige para el caso en que la variación del valor sea debida a fluctuaciones del mercado.

3. Actividad emprendedora y empresarial

3.1. Concepto y requisitos

No sólo se trata de atraer capital, sino también talento emprendedor y empresarial. Aunque “el entorno institucional español presenta bastantes limitaciones de cara a la creación de empresas, en comparación con otros países de la Unión Europea, emprender en otros países tiene una gran cantidad de barreras añadidas que contrarrestan otros efectos facilitadores”¹⁸.

El artículo 70.1 de la Ley de Emprendedores entiende como actividad emprendedora aquella que sea de carácter innovador con especial interés económico para España y a tal efecto cuenta con un informe favorable emitido por el órgano administrativo competente. El informe puede emitirse por la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica o por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones. En el caso de extranjeros que se hallen

¹⁸ DÍAZ-CATALÁN, C. Y DÍAZ-CHORNE, L.: “No es país para emprendedores: emprendimiento y movilidad juvenil en Europa”, *Revista de Estudios de la Juventud*, núm. 113 (2016), pág. 170.

legalmente en España., la solicitud se dirigirá a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, que de oficio solicitará informe sobre la actividad emprendedora y empresarial a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, que obligatoriamente emitirá informe en el plazo de diez días hábiles.

Al realizar ese informe, el principal criterio a tener en cuenta es, según marca el artículo 70.2 de la Ley de Emprendedores, la creación de puestos de trabajo en España. Pero también se han de tener en cuenta los siguientes extremos:

a) El perfil profesional del solicitante, su formación y su experiencia profesional, así como su implicación en el proyecto. Cuando existan varios socios, se evaluará la participación de cada uno de ellos; tanto de los que solicitan un visado o autorización como de los que no requieran el mismo.

b) El plan de negocio, que habrá de contener, al menos, los siguientes elementos:

- Descripción del proyecto; esto es: actividad empresarial a desarrollar, fecha de inicio, localización, forma jurídica prevista de la empresa, impacto económico potencial que la inversión supone, descripción y número de los puestos de trabajo que se estima que pueden crearse y sus funciones y cualificación, actividades previstas de promoción y estrategia de venta.
- Descripción del producto o servicio. La descripción ha de ser detallada y especificar los aspectos innovadores.
- Análisis de mercado: valoración del mercado y evolución esperada, descripción de los posibles competidores, valoración de los consumidores potenciales y análisis de oferta y demanda.
- Financiación; es decir, inversión requerida, fuentes de financiación y plan financiero.

c) El valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión.

3.2. Entrada, estancia y residencia

Los extranjeros podrán solicitar un visado para entrar y permanecer en España por un periodo de un año con el fin único o principal de

llevar a cabo los trámites previos para poder desarrollar una actividad emprendedora (art. 68.1 LE). Como indica el artículo 68.2 de la Ley de Emprendedores, los titulares de este visado pueden acceder a la situación de residencia para emprendedores sin necesidad de solicitar otro distinto y sin que se requiera un período mínimo de permanencia, cuando se justifique que se ha producido previamente el inicio efectivo de la actividad empresarial para la que se solicitó el visado.

Aquellos extranjeros que soliciten entrar en España o que siendo titulares de una autorización de estancia o residencia o visado pretendan iniciar, desarrollar o dirigir una actividad económica como emprendedor, podrán –art. 69.1 LE- ser provistos de una autorización de residencia para actividad empresarial, que tendrá validez en todo el territorio nacional¹⁹. Los solicitantes deben cumplir los requisitos generales exigidos en el artículo 62 de la Ley de Emprendedores, así como los requisitos legales necesarios para el inicio de la actividad establecidos en las normas sectoriales correspondientes.

4. Profesionales altamente cualificados

También gozan de privilegio de acceso y permanencia los profesionales altamente cualificados, entendiéndose por tales los profesionales extranjeros cuyas empresas, en las que prestan servicios, les requieran para el desarrollo de una relación laboral o profesional incluida en alguno de los siguientes supuestos, enunciados en el artículo 71 de la Ley de Emprendedores:

a) Personal directivo o altamente cualificado, cuando la empresa o grupo de empresas reúna alguno de las siguientes características: 1^a) Que el promedio de plantilla en España durante los últimos tres meses sea superior a 250 trabajadores dados de alta en la Seguridad Social, 2^a) Que el volumen de cifra neta anual de negocios en España sea superior a 50 millones de euros, o que el volumen de fondos propios o patrimonio neto supere los 43 millones de euros, 3^a) Que la inversión bruta media

¹⁹ Con anterioridad, las autorizaciones iniciales de residencia estaban restringidas territorialmente por comunidades autónomas.

anual procedente del exterior no sea inferior a un millón de euros en los tres últimos años, 4^a) Que el valor del *stock* inversor o posición según los últimos datos del Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad supere los 3 millones de euros, o 5^a) Que se trate de una pequeña o mediana empresa establecida en España y que pertenezca a un sector considerado estratégico, acreditado dicho extremo mediante informe de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

b) Personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial que, según acredite la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, sea considerado como de interés general por alguna de las siguientes razones: 1^o) Que implique un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo directos por parte de la empresa que solicita la contratación, 2^a) Que suponga mantenimiento del empleo, 3^a) Que genere un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo en el sector de actividad o ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral, 4^o) Que concurren razones de interés para la política comercial y de inversión de España, o 6^o) Que suponga una aportación relevante a la innovación científica o tecnológica.

c) Graduados, postgraduados de universidades y escuelas de negocio de reconocido prestigio.

En realidad, como el lector ya habrá deducido, gran parte de los anteriores requisitos y supuestos dependen de la valoración que en cada momento realice la Dirección General de Comercio e Inversiones, en función de los intereses de la economía española²⁰.

5. Investigadores

Con el deseo de potenciar la investigación y de compensar la huida de investigadores españoles al extranjero, la Ley de Emprendedores también facilita el acceso y permanencia de aquellos extranjeros que

²⁰ Esta discrecionalidad administrativa es objeto de crítica en MIÑARRO, M.: “La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por interés económico”, *Trabajo y Derecho*, núm. 31-32 (2017), pág. 11/29.

deseen realizar actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas; en concreto, en los siguientes casos, recogidos en el artículo 72 de la Ley de Extranjería: a) El personal investigador al que se refiere la Ley 14/2001, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, b) El personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España, c) Los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados, y d) Los profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España, según se establezca reglamentariamente. Respecto de la legislación preexistente, la principal novedad estriba en integrar a las empresas entre los centros de investigación.

6. Traslado intraempresarial

Se facilita asimismo el visado a lo extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por razones de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas, cuando además de los requisitos generales exigidos en el artículo 62 de la Ley de Emprendedores para todos los extranjeros, cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 73 de la misma ley: a) Existencia de una actividad empresarial real, por parte de la empresa o del grupo de empresas, b) Titulación superior o equivalente o una experiencia profesional mínima de 3 años. c) Existencia de una relación laboral o profesional previa y continua de 3 meses con una o varias de las empresas del grupo, y d) documentación de la empresa que acredite el traslado.

A diferencia de los demás inmigrantes de interés económico, la autorización de residencia por traslado intraempresarial presenta dos modalidades, según sea individual o colectiva. La modalidad individual presenta a su vez dos vías alternativas: la autorización de residencia por traslado intraempresarial ICT UE y la autorización nacional.

La autorización de residencia por traslado ICT UE se aplica en supuestos de desplazamientos temporales para trabajar como directivo (quien tenga entre sus funciones la dirección de la empresa o de

un departamento o subdivisión de la misma), especialista (quien posee conocimientos especializados relacionados con las actividades, técnicas o gestión de la entidad) o en formación (titulado universitario desplazado con el fin de que obtenga formación en técnicas o métodos de la entidad y que perciba una retribución), desde una empresa establecida fuera de la Unión Europea a una entidad perteneciente a la misma empresa o grupo de empresas establecida en España. La duración máxima del traslado es de 3 años en el caso de directivos y especialistas, y de uno en el de trabajadores en formación. Este tipo de autorización permite entrar, residir y trabajar en otros Estados de la Unión Europea previa solicitud y autorización en su caso. La autorización nacional de residencia por traslado intraempresarial será la vía a seguir en los casos en que no sea posible acudir a la ICT UE o cuando la autorización obtenida por esa vía haya expirado.

Cuando la empresa o grupo cumpla los requisitos de la letra *a*) del artículo 71.1 de la Ley de Emprendedores (*supra*, 3), pueden solicitar su inscripción en la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, lo que exonera de acreditar en el momento de la solicitud el cumplimiento de los requisitos del artículo 73, sin perjuicio de la facultad de comprobación de la Administración.

7. Mantenimiento de los requisitos

A fin de garantizar el mantenimiento de la inversión y de la actividad emprendedora de los extranjeros con visado o autorización de residencia, la Disposición Adicional 7^a de la Ley de Emprendedores establece las siguientes reglas y medidas:

- a) Durante la vigencia de los visados y autorizaciones de residencia, los extranjeros deben mantener las condiciones que les dieron acceso a los mismos.
- b) Cualquier modificación que durante la residencia afecte a las condiciones de admisión deberá ser comunicada a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos estratégicos en el plazo de treinta días.
- c) Los órganos competentes de la Administración General del estado pueden llevar a cabo las comprobaciones que consideren

- oportunas para verificar el cumplimiento de la legislación vigente, y por lo tanto, también del mantenimiento de la inversión.
- d) Cuando se verifique el incumplimiento de las condiciones legalmente establecidas, el órgano competente podrá extinguir el visado o la autorización de residencia, de manera motivada y previo trámite de audiencia.

8. Conclusiones

La Ley de Emprendedores supone un cambio de estrategia en la política migratoria española. Como ocurre con el resto de países del continente europeo, nuestra legislación en materia de migración y extranjería era eminentemente defensiva, sin apenas excepciones. Y como esos mismos países de nuestro entorno, con la crisis económica, el legislador patrio ha entendido la necesidad de modificar esa política.

No es que la estrategia española y europea frente a la inmigración deje de ser defensiva. Esa sería –a nuestro juicio- una conclusión excesiva. Más bien, lo que ocurre es que el tratamiento utilitarista de la política migratoria ha llevado a facilitar la entrada y permanencia de determinados perfiles de extranjeros que pueden ser interesantes para el desarrollo y crecimiento económico de nuestro país, como son: inversionistas, compradores de inmuebles, emprendedores, trabajadores altamente cualificados y científicos. No nos engañemos, por definición, la política migratoria es defensiva. Ahora se vuelve elitista.

Ese tratamiento selectivo y utilitarista ya existía antes, al depender por regla general la entrada y residencia de manos de obra para cubrir puestos de trabajo que no son cubiertos por trabajadores nacionales. Es el conocido condicionante de la situación del empleo en España, que según momento y actividad permite o no la incorporación de trabajadores extracomunitarios, por cuenta ajena y por cuenta propia. Como hemos visto, con la Ley de Emprendedores ese condicionante desaparece para inmigrantes especialmente cualificados, de alto potencial para la economía española, entre los que destacan inversionistas y emprendedores. Se parte de la base de que extranjeros de ese perfil no “quitan” puestos de trabajo, sino que más bien los crean, directa o indirectamente, además de fomentar la internacionalización del mundo

productivo español. Más que facilitar la entrada y permanencia, se trata de atraer y captar a extranjeros con esos perfiles.

Este cambio de política migratoria coincide en el tiempo con coetáneo del definitivo abandono de la creencia –muy extendida hace décadas en los países del sur de Europa- según la cual el número de puestos de trabajo de una economía cualquiera es fijo, por lo que siendo el empleo escaso habría que repartirlo²¹. Aquella creencia estaría también en la base de las políticas migratorias eminentemente defensivas.

La apertura a estos colectivos no obedece precisamente a motivos altruistas, sin embargo debe ser bienvenida en la medida en que contribuya a la mejora de la competitividad del sistema productivo español y, con ello, a reducir el desempleo interno. Por lo que a los jóvenes se refiere, este cambio de estrategia es sumamente interesante. Se facilita la entrada y residencia a jóvenes extranjeros con capacidad de inversión y de emprendimiento para los que España sea un país atractivo. Para los jóvenes españoles, cada vez más educados en una cultura cosmopolita y más abiertos a la internacionalización, supone mayores posibilidades de enriquecimiento interpersonal; para los jóvenes emprendedores, nuevas oportunidades de negocio.

Bibliografía

- BLANCO GAZTAÑAGA, C.: “La política de migración como elemento de competitividad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 115, 2015, págs. 47 a 74.
- BLASCO RODELLAR, M. E.: “El Gobierno español suaviza los requisitos para la concesión de las *Golden Visa*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 904, 2015, BIB 2015/1468.
- BLÁZQUEZ, I. y BAKER, E.: “Inmigración, desarrollo económico y crisis: venturas y desventuras de la UE en busca de una política común”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35, 2014, págs. 251 a 273.

²¹ Sobre la desmitificación de dicha creencia en los países de la Europa mediterránea, TIROLE, J.: *La economía del bien común*, traducido por María Cordón, Taurus, Barcelona, 2017, págs. 279 y ss.

- DÍAZ-CATALÁN, C. y DÍAZ-CHORNE, L.: “No es país para emprendedores: emprendimiento y movilidad juvenil en Europa”, *Revista de Estudios de la Juventud*, núm. 113, 2016, págs. 157 a 171.
- GARICANO SOLÉ, A., “La contratación de nacionales extranjeros altamente cualificados y los desplazamientos transnacionales a España tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 115, 2015, págs. 75 a 88.
- KAHALE CARRILLO, d. t.: *El nuevo sistema del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, Andavira, Santiago, 2017.
- “La aplicación del régimen comunitario de extranjería a la pareja de hecho registrada de ciudadano comunitario”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 110, 2014, págs. 257 a 281.
- MARTÍN PUEBLA, E.: “La política común de inmigración de la Unión Europea y la Directiva del permiso único”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 32, 2013, págs. 55 a 79.
- MIÑARRO, M.: “La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por interés económico”, *Trabajo y Derecho*, núm. 31-32, 2017.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. y GONZÁLEZ MARTÍN, J. A.: “Impacto de la nueva ley de emprendedores. Análisis crítico en el ámbito internacional: movilidad internacional, captación de inversión y contratación de profesionales extranjeros en España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, BIB 2014/4268.
- RODRÍGUEZ ARANA, M. A. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Ley de Emprendedores: aspectos fiscales, laborales, mercantiles y administrativos*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- TIROLE, J.: *La economía del bien común*, traducido por María Cordón, Taurus, Barcelona, 2017
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Balance y perspectiva de las migraciones económico-laborales en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico-políticas”, *Revistas de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 33, 2013, págs. 59 a 73.
- USHAKOVA, T.: “La migración altamente cualificada como apuesta estratégica de la Unión Europea: un análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100 bis, 2012, págs. 17 a 51.

VELA DÍAZ, R.: “El nuevo modelo migratorio de acceso privilegiado tras la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores: Hacia una inmigración selectiva de carácter económico”, *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 37, 2014, págs. 85 a 108.

EL NUEVO MODELO ESPAÑOL DE MOVILIDAD INTERNACIONAL: UN IMPULSO A LA COMPETITIVIDAD

DRA. ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Europea de Madrid

1. El nuevo modelo migratorio establecido en la Ley de Emprendedores

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización –en adelante, LE- estableció un nuevo modelo migratorio que parte de una visión radicalmente diferente a la que se desprende de la contenida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en adelante, LOEx-. Con acierto ha destacado un sector cualificado de la doctrina cualificada (VELA DÍAZ, 2014) que la nueva regulación “se separa de la concepción laboral de la política de inmigración para asumir una visión de la inmigración como elemento de competitividad”. Así se desprende con toda claridad de la lectura del Preámbulo de la Ley, donde el legislador llama la atención sobre lo que considera que ha sido una fuente esencial de crecimiento de las empresas españolas: los mercados internacionales. La importancia de estos mercados, en un contexto de globalización, se habría demostrado durante la crisis económica, ya que las empresas internacionalizadas habrían tenido un mejor comportamiento. La experiencia acumulada

durante estos difíciles años de recesión habría puesto en evidencia que son estas empresas las que experimentan ganancias de productividad, mejoras en la gestión, mejor capacidad de acceso a la financiación y, en definitiva, las que tienen mayor capacidad para crecer y crear empleo. De esta forma el legislador insiste en su apuesta por la internacionalización como “motor clave del crecimiento económico a largo plazo de la economía española por su relación con la competitividad y los incrementos de productividad”.

En esta nueva etapa, la Administración española debe adaptarse a las demandas de agilidad que reclaman unas empresas que tienen que desarrollar políticas y prácticas específicas para apoyar su expansión en otros países. Pero, en opinión del legislador, el número de profesionales y directivos que tiene España con las capacidades necesarias para gestionar la internacionalización empresarial es, en algunos supuestos, insuficiente y resulta necesario que profesionales extranjeros en ámbitos muy específicos vengan a formar a españoles o a formarse ellos en España.

Las políticas de inmigración exigen un cambio de enfoque, de modo que, si tradicionalmente se han enfocado únicamente hacia la situación del mercado laboral, ahora corresponde ampliar la perspectiva y adoptar un enfoque que tenga en cuenta no sólo la situación concreta de ese mercado laboral interno, sino la contribución al crecimiento económico del país. De esta forma, la política de inmigración es cada vez en mayor medida un elemento de competitividad. España, en la línea seguida por la mayor parte de los países de la OCDE, ha diseñado a través de la LE un marco jurídico destinado a atraer inversión y talento, caracterizado por procedimientos ágiles y cauces especializados. Con esta finalidad, la ley incorpora un Título V, destinado a recoger las medidas que facilitan la “Internacionalización de la economía española”. En la Sección 1ª, bajo la rúbrica “Fomento de la internacionalización” se recogen medidas destinadas a reforzar el marco institucional de fomento de la internacionalización y de apoyo a las empresas, así como algunos de los principales instrumentos financieros de apoyo a la misma. La Sección 2.ª, que es la que será objeto de un estudio pormenorizado en este trabajo, lleva por título “Movilidad internacional”. Regula determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España. La medida se dirige a los inversores, emprendedores,

trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales, profesionales altamente cualificados e investigadores, así como a los cónyuges, parejas de hecho, así como determinados descendientes y ascendientes a cargo. Se articula un procedimiento ágil y rápido ante una única autoridad, con un plazo variable en función de los distintos casos contemplados. Estas autorizaciones de residencia tendrán, además, validez en todo el territorio nacional. La LE fue modificada dos años después por la disposición adicional undécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Algunos de los colectivos objeto de la LE ya recibían un tratamiento singularizado en la LOEx, ya fuera de forma directa o indirecta. Las autorizaciones relativas al personal investigador y a los profesionales altamente cualificados, se regulan en los artículos 38 bis y 38 ter de la LOEx. Ambos preceptos han sido desarrollados por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 –en adelante, RLOEx–, como se explicará en su momento. Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea existe una normativa específica dirigida a atraer el talento de los investigadores (visado científico o de investigadores) y de profesionales altamente cualificados (tarjeta azul), reguladas en sendas Directivas comunitarias que fueron transpuestas a la legislación nacional por la LOEx. Nos referimos a la Directiva 2005/71/CE, del Consejo de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica¹ y a la Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. La misma necesidad de reforma continua que existe en nuestro país la encontramos en la Unión Europea. La Comisión Europea hizo pública el 7 de junio de 2016 la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo

¹ Esta Directiva ha sido afectada por la refundición llevada a cabo por la Directiva (UE) 2016/801 DEL Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair.

y del Consejo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación. Leemos en la exposición de motivos que el nuevo texto tiene por objetivo “mejorar la capacidad de la UE de atraer y retener a nacionales de terceros países altamente capacitados, así como impulsar la movilidad y la circulación entre puestos de trabajo en los distintos Estados miembros. El objetivo es mejorar la capacidad de la UE para responder rápida y eficazmente a las demandas actuales y futuras de nacionales de terceros países altamente capacitados y subsanar la escasez de competencias, con el fin de aumentar la contribución de la inmigración económica a la mejora de la competitividad de la economía de la UE y hacer frente a las consecuencias del envejecimiento demográfico”².

Por otro lado, los traslados intraempresariales se incluyen dentro de la figura de los desplazamientos transnacionales, existiendo al respecto la reciente Directiva 2014/66/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. Como ha señalado MOLINA NAVARRETE (2015, pág.155) España logró que los aspectos esenciales de la regulación española contenida en la Ley de emprendedores se reflejaran en dicha Directiva, de manera que España ha comunicado a la Comisión que ha transpuesto parcialmente la Directiva a través de la disposición adicional 11ª de la Ley 25/2015 que ha dado una nueva redacción a los artículos 73 y 74 de la LE³.

Conviene precisar, no obstante, que la LE no es el primer esfuerzo por atraer talento e internacionalizar las empresas españolas. La necesidad de adaptarse a los nuevos ciclos migratorios mediante el favorecimiento de una inmigración de interés económico está presente en el RLOEx-. Como explica en su Exposición de Motivos, el Reglamento apuesta por

² La entrada en vigor de esta (futura) norma implicaría la derogación de la Directiva 2009/50/CE. Un comentario a esta propuesta en el blog de Eduardo Rojo (2016). El texto se puede consultar en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-378-ES-F1-1.PDF>. *Vid.* también el Dictamen del Consejo Económico y Social publicado en el DOUE el 10 de marzo de 2017, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE2508&from=ES>

³ Disposición adicional 17ª de la Ley 25/2015.

fomentar y garantizar la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes. La atracción de investigadores y personal altamente cualificado, así como la regulación en sede reglamentaria de los flujos laborales que afectan a actividades en que concurren razones de interés económico, social o laboral, o a actividades docentes, de investigación o artísticas constituyen medidas que favorecerán indudablemente la competitividad de la economía española y la internacionalización de las empresas. A tal fin responde el Título IX que introduce, por primera vez, un procedimiento más ágil para las autorizaciones de residencia y trabajo en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actividades artísticas de especial interés cultural. El nuevo procedimiento está vinculado a la denominada Unidad de Grandes Empresas y Sectores estratégicos –en adelante UGE-CE-⁴, y da cabida a pequeñas y medianas empresas en razón de sectores estratégicos de la economía. De esta forma, puede afirmarse, que la LE intenta ir más allá en la flexibilización iniciada con el Título IX del RLOEx, si bien, en vez de modificar la normativa general, que habría sido lo más correcto desde el punto de vista de técnica legislativa, establece un régimen paralelo. Conviene recordar que el Consejo Económico y Social, en el Dictamen⁵ emitido en relación con el Anteproyecto de la Ley de Emprendedores, mostró su disconformidad hacia la regulación de esta materia en una norma específica distinta de la normativa general de extranjería. No obstante, el legislador lo consideró así oportuno por entender que la movilidad internacional suponía una excepción particularizada que debía alejarse de la regulación general y que tiene su propia idiosincrasia, como demuestra el hecho de que en

⁴ La Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos de la Subdirección General de Inmigración, pertenece a la Dirección General de Migraciones, encuadrada en la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Se constituyó en el año 2007 mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros, para dar respuesta ágil y asesoramiento experto a las necesidades planteadas por empresas y organismos que requieren traer a España personal no comunitario de especiales características. La unidad se ocupa de la tramitación de las autorizaciones de residencia previstas en la Ley 14/2013. También tramita los procedimientos previstos en el título IX y DA 1^o.3 del RLOEx, referidos a personal altamente cualificado, profesionales de la investigación o docencia universitaria, artistas de reconocido prestigio internacional, entre otros. *Vid*, página web de la UGE-CE <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/>

⁵ Dictamen 6/2013, emitido en la sesión ordinaria del Pleno de 10 de junio.

la mayor parte de los países de nuestro entorno se regula, asimismo, en una normativa específica. Si bien es cierto que se valoró la posibilidad de modificar la normativa general de extranjería, la LOEx, finalmente se impuso la idea de que era más adecuado establecer una regulación *ad hoc* en una norma económica. Por ello, se incluyó un nuevo esquema en la LE que no sustituye al previsto en la LOEx sino que, como hemos dicho anteriormente, discurre en paralelo. En este sentido, en general respecto de las autorizaciones reguladas en la Ley de emprendedores para VELA DÍAZ (2014) no se produce un solapamiento, sino que se diferencian claramente dos regulaciones paralelas, una especial por motivos económicos más vinculadas al emprendimiento, y otra general, vinculada a una política migratoria de carácter laboral o asalariado. El estudio comparado de ambos regímenes jurídicos nos permitirá determinar cuándo se utilizan unos u otros, e identificar las notas que les diferencian.

Antes de adentrarnos en el estudio de cada una de las nuevas figuras, queremos hacer una última precisión. La disposición adicional 11ª LE prevé que “Anualmente el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a propuesta conjunta con los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Interior, de Economía y Competitividad presentará un informe en el Consejo de Ministros sobre la aplicación de la Sección 2.ª del Título V de esta Ley.” Existe ya un informe, elaborado en abril de 2015⁶, que será objeto de comentario. El informe está cerrado a diciembre de 2014, por lo que no ha podido valorar las reformas introducidas en 2015, si bien, dado que advierte de algunas debilidades existentes todavía en la ley, que se han revelado en la práctica, y susceptibles de mejora, nos permite entender el sentido de las reformas introducidas en 2015.

Dado que en otro capítulo de esta obra, se analizan con detenimiento los colectivos de inversores y emprendedores, circunscribiremos nuestro estudio a las categorías de profesionales altamente cualificados, investigadores y traslados intraempresariales.

⁶ Informe publicado en el portal de transparencia del Gobierno de España el 23 de marzo de 2017. Disponible en http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasSobreTransparencia/Informes-de-interes/Empleo/Informe-Movilidad-Internacional-Ley-14-2013.html.

2. Disposiciones comunes a la facilitación de la entrada y permanencia en España por razones de interés económico

En el marco de la LE, se entiende por “movilidad internacional” la regulación de aquellos supuestos en los que, esencialmente, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la entrada y residencia en España a ciertas categorías de extranjeros a quienes no les resulta de aplicación el Derecho de la Unión Europea y no son beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia (art.61.2)⁷.

Los requisitos comunes a todas las autorizaciones se regulan en los artículos 61 y 62, mientras que las normas comunes relativas al procedimiento se contienen en los artículos 75 y 76.

2.1. Requisitos comunes a las autorizaciones

Conforme al artículo 61 son potenciales beneficiarios de las autorizaciones tanto los extranjeros que se propongan entrar o residir en España, como aquellos que ya residan en nuestro país (estos últimos no precisarán visado de entrada). Los colectivos que verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico de acuerdo con lo establecido en esta Sección, son aquellos que acrediten ser: a) Inversores. b) Emprendedores. c) Profesionales altamente cualificados. d) Investigadores. e) Trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas. Puede afirmarse que estos cinco colectivos tienen una nota en común (MIÑARRO YANINI, M., pág. 2): el disponer de unos recursos susceptibles de aportar un beneficio económico para España, razón por la cual se busca atraerles hacia nuestro país. En el caso de los emprendedores e inversores, estos recursos son de carácter económico, en los tres colectivos restantes son recursos inmateriales que se identifican con sus especiales conocimientos o formación.

Para cada visado o autorización, los sucesivos capítulos prevén unos requisitos específicos, correspondiendo al artículo 62 la fijación de unos

⁷ Conforme al apartado 2 del artículo 61 LE, lo dispuesto en esta sección no será de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que les sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia.

requisitos generales para la estancia o residencia. Es importante tener en cuenta que, en todo caso, y a pesar del impulso que se ha otorgado a la atracción de capital y talento, no se han obviado, en modo alguno, importantes aspectos relativos a la necesidad de garantizar la seguridad en el flujo de personas. En este contexto, se exige a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares que, al recibir las solicitudes de visados de residencia, efectúen las consultas previas pertinentes a la Dirección General de la Policía a los efectos de que comprueben si el solicitante representa un riesgo en materia de seguridad⁸.

En primer lugar, el artículo 62 hace referencia a determinados Reglamentos y Códigos de la Unión Europea que serán aplicables en función del tipo y duración de la estancia o residencia. En segundo lugar, se concreta en relación con la circulación de personas con visados de larga duración y autorizaciones de residencia, la exigencia de que el solicitante acredite unos requisitos que responden a tres objetivos, a saber, no propiciar estancias irregulares, cerrar la entrada a delincuentes y asegurar que quienes se acojan a esta vía no van a suponer una carga económica (MIÑARRO YANINI, M., pág. 5). Hechas estas aclaraciones, procede concretar qué requisitos son exigibles:

1. Para estancias no superiores a tres meses, los solicitantes deberán reunir las condiciones de entrada previstas en el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen).
2. En los supuestos de visados de estancia, deberán acreditar además los requisitos previstos en el Reglamento (CE) 810/2009, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).
3. En los supuestos de visados de residencia previstos en el Reglamento (UE) 265/2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por lo que se refiere a la circulación

⁸ La Dirección General de la Policía deberá responder en el plazo máximo de siete días desde la recepción de la consulta, transcurridos los cuales sin haber obtenido respuesta se entenderá que su sentido es favorable.

de personas con visados de larga duración, así como para las autorizaciones de residencia, el solicitante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) No encontrarse irregularmente en territorio español⁹.
- b) Ser mayor de 18 años.
- c) Carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español.
- d) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- e) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España¹⁰.
- f) Contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España, con el fin de que no sean una carga para la asistencia social de España¹¹.
- g) Abonar la tasa por tramitación de la autorización o visado¹².

La autorización y, en su caso, el visado se extiende a determinados familiares: el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo, que se reúnan o acompañen a los extranjeros enumerados en el apartado 1 del artículo 61 (art. 62.4). Como puede observarse el concepto de “familiar reagrupable” es más amplio que el

⁹ Téngase en cuenta que la autorización se puede solicitar no sólo por quien pretenda entrar en España, sino también por quien ya se encuentra en nuestro país.

¹⁰ No se exige acreditar seguro cuando existe la perspectiva de que el extranjero (así como sus familiares) va a ser asegurado del Sistema Nacional de Salud, por darse de alta en la Seguridad Social como consecuencia del contrato laboral o una relación profesional.

¹¹ En lo que concierne a la cuantía exigible para acreditar que el solicitante dispone de medios económicos suficientes, la nueva Ley no especifica cantidades, por lo que a título orientativo se aplican las establecidas para la residencia no lucrativa en el art. 47 RLOEx, que en 2017 asciende a 2.151,36 € mensuales (400% del índice mensual IPREM, a consultar en años sucesivos), incrementándose en 537,84 € mensuales (100% del IPREM) para cada familiar que le acompañe.

¹² Orden ESSI/1571/2014, de 29 de agosto, establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas en relación con la movilidad internacional.

utilizado en la normativa general (art. 17 LOEx) que respecto de los hijos se limita a los menores de 18 años o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades debido a su estado de salud. Uno de los mecanismos de flexibilización más interesantes que ha introducido la nueva normativa es la posibilidad de que la solicitud de autorización y, en su caso, del visado, se puede presentar conjunta y simultánea o sucesivamente. Para ello deberá quedar acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 62.3. Contrasta con el régimen general donde, salvo excepciones (como la de los familiares de los titulares de la tarjeta azul o beneficiarios de del régimen especial de investigadores), se exige que el reagrupante tenga autorización para residir en España durante al menos un año y haya solicitado nueva autorización para residir por al menos otro año, “imponiendo de este modo una necesaria demora en la reagrupación” (MIÑARRO YANINI, M, pág. 18).

El modelo de movilidad internacional introducido por la LE, tiene en cuenta las buenas praxis empresariales en el marco de la economía global. Por esa razón penaliza a las empresas domiciliadas en paraísos fiscales (por ejemplo, para beneficiarse de la categoría de “inversor”); se refiere expresamente al cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y exige el cumplimiento de los sujetos de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social correspondientes (por ejemplo, para la obtención de la autorización de residencia o para la prórroga de la misma)¹³.

2.2. Normas comunes al procedimiento

En relación con la autoridad competente para expedir los visados de estancia y residencia, serán expedidos por las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 (Código de Visados), y en el Reglamento (UE) 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de

¹³ Informe sobre la Sección Segunda de Movilidad Internacional, pág. 35.

2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración. El visado uniforme podrá expedirse para una, dos o múltiples entradas. El periodo de validez no será superior a cinco años. El período de validez de este visado y la duración de la estancia autorizada se decidirán sobre la base del examen realizado de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009. El visado de validez territorial limitada se concederá cuando concurren circunstancias de interés nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Código de Visados (Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009). Los visados de residencia previstos en esta Sección se expedirán conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración. Estos visados tendrán validez de un año y autorizarán la residencia de su titular en España sin necesidad de tramitar la tarjeta de identidad de extranjero.

Las solicitudes de visado se resolverán y notificarán en el plazo de 10 días hábiles, salvo en los casos de solicitantes sometidos a la consulta prevista en el artículo 22 del Código de Visados, en cuyo caso el plazo de resolución será el previsto con carácter general en dicho Código.

Respecto del órgano competente para la tramitación de las autorizaciones, se efectuará por la UGE-CE y su concesión corresponderá a la Dirección General de Migraciones. El plazo máximo de resolución será de 20 días desde la presentación de la solicitud en el órgano competente para su tramitación. Si no se resuelve en dicho plazo, la autorización se entenderá estimada por silencio administrativo. La solicitud de autorizaciones de residencia previstas en esta sección prorrogará la vigencia de la situación de residencia o de estancia de la que fuera titular el solicitante hasta la resolución del procedimiento. Los titulares de una autorización regulada en esta sección podrán solicitar su renovación por periodos de dos años siempre y cuando mantengan las condiciones que generaron el derecho, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 67.2.

La presentación de la solicitud de renovación prorrogará la validez de la autorización hasta la resolución del procedimiento¹⁴.

Una de las medidas más interesantes, sin duda alguna, es la recogida en la Disposición adicional cuarta, conforme a la cual “Las autorizaciones de residencia previstas en la presente norma se tramitarán conforme a lo dispuesto en la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro”.

Otra importante novedad que merece ser destacada en relación con la mayoría de las situaciones previstas en la LOEx y su reglamento de desarrollo, es la contenida en la Disposición adicional quinta, de forma que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en ninguna de las autorizaciones reguladas en la sección 2.ª del Título V.

3. Requisitos específicos

En los artículos 71 y ss la Ley concreta los requisitos específicos exigidos para cada situación. Llama la atención que, a diferencia del régimen especial previsto en el Título IX del RLOEx cuyo artículo 180 concreta la documentación exigible en cada caso, la LE no establezca con carácter general un listado concreto de la documentación exigible para presentar junto con las solicitudes de las distintas autorizaciones, probablemente porque este trabajo de concreción sea propio de una norma reglamentaria de desarrollo, inexistente hasta la fecha¹⁵. Por tanto, en lo no previsto expresamente por la norma, el cumplimiento de los requisitos que sean exigibles se podrá acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. No obstante, sin perjuicio de que puede presentarse cualquier otra, a modo modo orientativo la

¹⁴ También se prorrogará en el supuesto en que la solicitud se presentara en los noventa días posteriores a la finalización de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador.

¹⁵ La Disposición final décima LE habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias en desarrollo de la ley.

Secretaría general de Inmigración y Emigración publica en su página web una documentación que puede considerarse suficiente a título orientativo¹⁶.

3.1. Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados

3.1.1. Régimen general

El régimen especial se contiene en el artículo 38 ter LOEx y en los artículos 85 a 96 del RLOEx, que regulan la Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE¹⁷. También es preciso tener en cuenta los artículos 178 a 181 para la autorización de la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o cuyo objeto sea la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural.

El artículo 38 ter considera “profesional altamente cualificado” a quien acredite cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tenga un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente. El artículo 85.2 RLOEx aclara que se entenderá por cualificación de enseñanza superior “aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesario para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada”.

Sobre este régimen se han formulado las siguientes críticas: 1) La utilización de una definición de profesional altamente cualificado excesivamente rígida que exige cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, la acreditación de un mínimo de cinco años de

¹⁶ Disponible en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/ley14_2013/documentacion/index.html

¹⁷ El régimen previsto en la LOEX y RLOEX responde a la transposición que, en su día, se efectuó de la Directiva de Tarjeta Azul. El legislador español optó por no establecer un régimen nacional paralelo más favorable que, no obstante, permitía la Directiva.

experiencia profesional, dificultando enormemente la contratación de especialistas extranjeros. 2) Respecto de la obligación del empresario de probar la percepción de un determinado salario, el establecimiento de unos límites salariales excesivamente elevados: 1,5 del salario medio que, por Circular, se ha referenciado al salario medio del sector, lo que dificulta la contratación, especialmente, en el caso de jóvenes de reciente graduación¹⁸. 3) Se encuentra generalizada, con contadas excepciones, la aplicación de la Situación Nacional de Empleo pese a que la Directiva de Tarjeta Azul no obliga a tal extremo. 4) No se contempla el concepto de grupo de empresas. 5) Los procedimientos son tramitados, con carácter general, por la oficina de extranjería, salvo en aquellos supuestos del artículo 178, en los que participasen grandes empresas (por volumen de negocio, trabajadores, inversión recibida...), en cuyo caso los expedientes se tramitan por la UGE y no se aplica la Situación Nacional de Empleo. 6) Se efectúa una relación normativa de aquellos sectores que se consideran estratégicos lo que impide adaptarse a la realidad de la economía española¹⁹ 7) Se dificulta la modificación del status, especialmente, en el caso de los estudiantes²⁰.

Por otro lado, la LOEx exige que los empleadores requieran la incorporación de estos profesionales para el desarrollo de una relación laboral, por lo que quedarían al margen los llamados “profesionales independientes”²¹.

¹⁸ Conforme al art. 87.2.b) RLOEx respecto de la actividad a desarrollar el empleador debe garantizar que “Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad, así como que el salario bruto anual especificado en el contrato de trabajo sea, al menos, 1,5 veces el salario bruto anual medio. No obstante, siempre que el contrato se ajuste a la normativa vigente y al convenio colectivo aplicable, el umbral salarial podrá ser 1,2 veces el salario bruto anual medio establecido para aquellas profesiones en las que haya una necesidad particular de trabajadores nacionales de terceros países y que pertenezcan a grupos 1 y 2 de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones, CIUO”.

¹⁹ El artículo 178.2.a) 4º RLOEx menciona los siguientes: tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarmacia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial.

²⁰ Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional, pág. 18.

²¹ El Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional, destaca que una figura que se negocia en los acuerdos comerciales, denominada profesionales independientes no estaba regulada en el ordenamiento jurídico español. Este hecho dificultaba enormemente las negociaciones (pág. 18).

3.1.2. Régimen privilegiado previsto en la Ley de Emprendedores

La ley ha flexibilizado no sólo las condiciones para la autorización de residencia sino el propio concepto de profesionales altamente cualificados para atender a las necesidades de las empresas exportadoras y la internacionalización de la economía²². Podrá ser solicitado por “las empresas”, no por los interesados, que requieran la incorporación en territorio español de profesionales extranjeros para el desarrollo de una relación laboral o profesional incluida en alguno de los siguientes supuestos:

a) Personal directivo o altamente cualificado²³, de grandes empresas o grupos de empresas²⁴ o pequeñas y medianas empresas establecidas en España, a un sector considerado estratégico acreditado mediante informe de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones. La acreditación del cumplimiento de los requisitos anteriores se efectuará una única vez, quedando inscrita en la UGE-CE²⁴.

²² Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional, pág. 31.

²³ La valoración de un puesto como propio de un profesional altamente cualificado se realiza de manera individualizada teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, la titulación, la competencia profesional, la experiencia profesional, el perfil del puesto de trabajo, las funciones a desarrollar y la remuneración adecuada al puesto, prestando atención a la singularidad de los graduados o posgraduados recientemente titulados en el supuesto del artículo 71 c) de la Ley. *Vid.* El documento “Preguntas frecuentes sobre autorizaciones de movilidad internacional (Ley 14/2013), elaborado por la Unidad de Grandes Empresas y colectivos estratégicos, actualizado en octubre de 2016, ”http://extranjeros.empleo.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/ley14_2013/documentacion/preguntas_frecuentes_30_09_2016.pdf.

²⁴ Se entiende por grandes empresas o grupos de empresas aquéllos que reúnan alguna de las siguientes características:

1.º Promedio de plantilla durante los tres meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud superior a 250 trabajadores en España, en alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.

2.º Volumen de cifra neta anual de negocios superior, en España, a 50 millones de euros; o volumen de fondos propios o patrimonio neto superior, en España, a 43 millones de euros.

3.º Inversión bruta media anual, procedente del exterior, no inferior a 1 millón de euros en los tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.

4.º Empresas con un valor del stock inversor o posición según los últimos datos del Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Competitividad superiores a 3 millones de euros.

²⁵ Dicha inscripción tendrá una validez de 3 años renovables si se mantienen los requisitos. Cualquier modificación de las condiciones deberá ser comunicada a la UGE-CE en el plazo de 30 días. En caso de no comunicar dicha modificación, la empresa dejará de estar inscrita en la Unidad.

b) Personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial que suponga, alternativamente y siempre que la condición alegada en base a este supuesto sea considerada y acreditada como de interés general por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones de acuerdo con alguna o varias de las siguientes condiciones:

1.º Un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo directos por parte de la empresa que solicita la contratación.

2.º Mantenimiento del empleo.

3.º Un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo en el sector de actividad o ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral.

4.º Una inversión extraordinaria con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral.

5.º La concurrencia de razones de interés para la política comercial y de inversión de España.

6.º Una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.

c) Graduados, postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio. En este caso, resulta indiferente el tamaño de la empresa o el sector o actividades que ésta desarrolle. Obsérvese que la ley elimina la previsión reglamentaria de que los estudios superiores tengan una duración mínima de 3 años, lo que permite beneficiarse de la autorización a los estudiantes de máster, que en España tienen una duración que oscila entre uno y dos años de duración. Por otro lado, se menciona de forma específica a las Escuelas de Negocio²⁶.

²⁶ España cuenta con un importante elenco de Escuelas de Negocios que lideran los rankings a nivel internacional y que, cada vez, incluyen en sus programas más emprendimiento. La exigencia de que los estudios tuvieran una duración mínima de 3 años dificultaba que pudieran quedarse a trabajar como altamente cualificados o a emprender. De modo que España adolecía de un problema de retención del talento. Como ejemplos de esta debilidad: el mejor emprendedor del IE tuvo que establecerse en Reino Unido porque no logró la autorización o, en otra ocasión, una licenciada en Berkeley/IE no obtuvo una autorización hasta que no se aprobó esta Ley 14/2013. Este problema directo de retención de talento, influía, indirectamente, en la capacidad de atracción ya que, ante las conocidas dificultades para establecerse en España, estos estudiantes se veían obligados a elegir otros países con mayores facilidades de permanencia tras la inversión de esfuerzo y tiempo realizada. Datos obtenidos del Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad internacional, pág. 19.

La LE ha venido a dar respuesta a la necesidad de rectificar las debilidades que se apreciaban en la LOEx, y que dificultaban la atracción del talento. Merece destacarse que el profesional altamente cualificado ya no tiene que acreditar un nivel de educación o de experiencia profesional, ni la empresa debe acreditar que aquél va a percibir un salario medio. Tampoco se exige que esté vinculado por un contrato de trabajo, pudiendo ser un profesional independiente. Marcando distancias con la LOEx, la nueva ley ha huido de definiciones cerradas, de forma que, partiendo de lo cambiante de la economía y de los modelos productivos en la actualidad, el interés general del proyecto empresarial o la consideración de lo estratégico del sector será valorado, en cada caso y según la situación concreta, por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones. Esta inconcreción deliberada ha sido criticada por un sector cualificado de la doctrina que considera que dejar en manos de un órgano administrativo la definición coyuntural de la concurrencia del supuesto jurídico, “resulta inadecuado por poco garantista” (MIÑARRO YANINI, M., pág. 11)²⁷. En la misma línea crítica con la nueva regulación, MOLINA NAVARRETE (2013, pág. 71) ha llamado la atención sobre la ambigüedad que deriva de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que podría abrir el margen para una decisión expansiva de la autoridad administrativa.

3.2. Autorización de Residencia para Investigadores

3.2.1. Régimen general

Se regula en el artículo 38 bis LOEx, desarrollándose en los artículos 73 a 84 RLOEx y en el artículo 178 para la autorización de entrada, permanencia y trabajo de extranjeros para desarrollar tareas de investigación o docentes que requieran alta cualificación.

²⁷ Según el último informe anual sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional, las empresas para las que se emitieron informes favorables pertenecían a los sectores de agricultura, industria, construcción y servicios, siendo el de las TIC y los nuevos modelos de negocio, los que con más facilidad pueden ser considerados de carácter estratégico (pp. 63-64)

El artículo 38 bis define al investigador como “el extranjero cuya permanencia en España tenga como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación”. Conforme al artículo 73.2 RLOEx, se entenderá por organismo de investigación cualquier persona física o jurídica, pública o privada, con establecimiento principal o secundario radicado en España, que realice actividades de investigación y desarrollo tecnológico y haya sido autorizada para suscribir convenios de acogida. En consecuencia, se ha aprobado la Orden CIN/1795/2011, de 28 de junio, por la que se regulan los requisitos de autorización a organismos de investigación para suscribir convenios de acogida con investigadores extranjeros y las normas de elaboración, actualización y publicación del listado de los organismos de investigación autorizados. La presente orden establece los requisitos generales de autorización de tales organismos de investigación, de manera que algunos de ellos, por el hecho de reunir determinadas características, se consideran autorizados de facto, es el caso de las Universidades inscritas en el Registro de Universidades, Centros y Títulos; los organismos públicos, dependientes del Estado o de las Comunidades Autónomas; los Centros Tecnológicos inscritos en el Registro de Centros Tecnológicos²⁸; mientras el resto de organismos de investigación privados han de ser autorizados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

Son también varias las críticas que se han formulado hacia la regulación contenida en el régimen general: 1) La multiplicidad de figuras recogidas en la LOEX relativas a los investigadores, no solo merman la coherencia requerida por todo ordenamiento jurídico, sino que, además, presentan un fuerte carácter proteccionista y se encuentran orientadas a la investigación científica en el ámbito de las Universidades u otros organismos de investigación. Ello dificulta, en gran medida, la contratación de investigadores por parte de empresas como profesionales que se integraban en sus equipos. 2) La previsión del convenio de acogida como instrumento obligatorio para articular la relación entre el investigador y el organismo de investigación, así como la exigencia

²⁸ Regulados en el Real Decreto 2093/2008, de 19 de diciembre, por el que se regulan los Centros Tecnológicos y los Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica de ámbito estatal y se crea el Registro de tales Centros.

de una autorización previa de la entidad para acoger a investigadores extranjeros constituye una carga burocrática, especialmente, en el caso de empresas. 3) pese a que la Directiva de Investigadores recogía en su articulado la articulación de un permiso único, la normativa española exige una doble autorización: para residir y para trabajar.

3.2.2. Régimen privilegiado previsto en la Ley de Emprendedores

Sistemáticamente la autorización de residencia de los investigadores se regula en el Capítulo IV, teniendo, por lo tanto, la consideración de “profesionales altamente cualificados”. No obstante, las especialidades que concurren en este tipo de personal, justifican que el legislador haya querido dedicarles una atención particularizada en el artículo 72.

Los extranjeros que pretendan entrar en España, o que, siendo titulares de una autorización de estancia y residencia, deseen realizar actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas, deberán estar provistos del correspondiente visado o de una autorización de residencia para formación o investigación que tendrá validez en todo el territorio nacional, en los siguientes casos:

- a) El personal investigador al que se refieren el artículo 13 y la disposición adicional primera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
- b) El personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España.
- c) Los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.
- d) Los profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España, de acuerdo con los criterios que se establezcan reglamentariamente.

La LE ha recogido un concepto más amplio de lo que se entiende por organismos de investigación, dando cabida a las empresas. Igualmente

se amplían las instituciones educativas donde pueden ser contratados los profesores, dando entrada a las Escuelas de Negocios. Sin embargo, remite a desarrollo reglamentario la concreción de situaciones particulares. Cuatro años después de la aprobación de la ley todavía no se ha producido dicho desarrollo reglamentario.

En los dos primeros supuestos la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación prevé vinculaciones de carácter laboral o funcionarial (art. 13.2). Como ha destacado la doctrina (MOLINA NAVARRETE, 2013, pág. 73), el abanico de formas de contratación del personal investigador “es tan extenso que se abre un heterogéneo entramado de regímenes para la formalización c los vínculos entre el PI y los centros empleadores”

3.3. Profesionales que efectúen traslados intraempresariales

Como consecuencia de la creciente globalización, hemos asistido al nacimiento y desarrollo de empresas españoles transnacionales, en las que surge la necesidad de que los directivos y especialistas se desplacen internacionalmente dentro del grupo empresarial del que forman parte o, incluso, a centros de trabajo de clientes, para atender las necesidades que surgen en los diferentes países.

3.3.1 Régimen general

Este tipo de autorización de residencia y trabajo se regula en los artículos 110 a 116 RLOEX, ya que, en definitiva, es un supuesto de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. En este caso, el extranjero desplazado no es contratado por una empresa española, sino que mantiene su vinculación profesional con la empresa que le desplaza. Se tramita por el procedimiento del artículo 112 o por el previsto en el Título IX, siempre que se trate de desplazamientos de personal directivo o altamente cualificado.

Conforme al artículo 110 1, se halla en situación de residencia temporal y trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicios el trabajador extranjero que se desplace a un centro de trabajo en España y dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera en ejecución de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.
- b) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de que ésta forme parte.
- c) Cuando dicho desplazamiento temporal afecte a trabajadores altamente cualificados y tenga por objeto la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

Quedan expresamente excluidos de este tipo de autorización los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas en los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del apartado anterior y del personal navegante respecto de las empresas de la marina mercante.

Las críticas que se han formulado a esta regulación son también muy diversas: 1) La normativa posee un carácter muy restrictivo. 2) Se excluyen de este régimen los traslados por razones formativas y se impide su aplicación a la figura de profesionales independientes, ya que se exige tener un vínculo laboral. 3) Se exige que el personal trasladado se hubiese dedicado a la actividad objeto del traslado durante un periodo de, como mínimo, un año y haya estado al servicio de la empresa, al menos, nueve meses. No cabiendo la posibilidad de tener en consideración la noción de grupo de empresas. 4) El solicitante debe ser la empresa que desplaza, lo que plantea problemas en la determinación, por ejemplo, del representante o con los sistemas notariales extranjeros. 5) El extranjero debe estar fuera del país y proceder a la solicitud del visado. 6) Con carácter general, se aplica la situación nacional de empleo y se tramitan en las oficinas de extranjería. Como excepción a estos dos elementos, los traslados que se produzcan en empresas que cumplan con los requisitos establecidos de volumen de negocio, número de trabajadores

o inversión extranjera, son tramitados por la UGE y no se les aplica la situación nacional de empleo. 7) Se exige establecimiento en España. 8) Las autorizaciones se encuentran limitadas geográficamente y a un sector de actividad²⁹.

3.3.2. Ley de Emprendedores

Conforme al artículo 73.1, se encuadran en este colectivo aquellos extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas establecida en España o en otro país, siempre que acrediten, además de los requisitos del artículo 62, los siguientes que especifica el apartado 2 del artículo 73:

- a) La existencia de una actividad empresarial real y, en su caso, la del grupo empresarial.
- b) Titulación superior o equivalente o, en su caso, experiencia mínima profesional de 3 años.
- c) La existencia de una relación laboral o profesional, previa y continuada, de 3 meses con una o varias de las empresas del grupo.
- d) Documentación de la empresa que acredite el traslado.

La exigencia de que el trabajador desplazado tenga titulación superior o equivalente o, en su caso, experiencia profesional de 3 años, significa que el desplazamiento se circunscribe únicamente a un personal altamente cualificado, que parece ajustarse a los parámetros del artículo 38 ter LOEX (si bien se reduce la posibilidad de sustituir la experiencia de 5 a 3 años).

La autorización de residencia por traslado intraempresarial puede tramitarse de forma individual o colectiva:

- 1) Tramitación individual. Tendrá dos modalidades:

²⁹ Informe sobre la Sección segunda de Movilidad Internacional, pág. 23.

a) Autorización de residencia por traslado intraempresarial ICT UE: Procederá esta autorización en el supuesto de desplazamientos temporales para trabajar como directivo, especialista o para formación, desde una empresa establecida fuera de la Unión Europea a una entidad perteneciente a la misma empresa o grupo de empresas establecida en España. A estos efectos se entenderá por:

1.º Directivo, aquel que tenga entre sus funciones la dirección de la empresa o de un departamento o subdivisión de la misma. Incluye, por tanto, no sólo a los altos directivos, regulados por el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de alta dirección, sino también a los que se conoce como “altos cargos”, con relación laboral común.

2.º Especialista, quien posea conocimientos especializados relacionados con las actividades, técnicas o la gestión de la entidad.

3.º Trabajador en formación, aquel titulado universitario que es desplazado con el fin de que obtenga una formación en las técnicas o métodos de la entidad y que perciba una retribución por ello.

Se echa en falta una definición de lo que deba considerarse “grupo de empresas”, concepto muy polémico en el ámbito del Derecho del Trabajo. Llama también la atención que, teniendo naturaleza mercantil, la LE no utilice la expresión “grupo de sociedades” del artículo 42 del Código de Comercio, sino el de “grupo de empresas” utilizado precisamente por la legislación y la jurisprudencia laborales. La Directiva 2014/66 define el “grupo de empresas” como “dos o más empresas reconocidas como vinculadas en las siguientes formas con arreglo al Derecho nacional: cuando una de ellas, en relación con otra, directa o indirectamente ostenta una mayoría de capital suscrito de esa empresa, o controla una mayoría de los votos asociados a las acciones de esa empresa, o puede nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de gestión o de supervisión de esa empresa; o la empresa matriz gestione ambas empresas de forma conjunta”. La definición parece, pues, ajustarse al concepto mercantil de nuestro Código de Comercio.

La duración máxima del traslado será de 3 años en el caso de directivos o especialistas y de uno en el caso de trabajadores en formación.

Los titulares de una autorización de residencia por traslado intraempresarial ICT (Intra Corporate Transferee) UE válida, expedida

por España, podrán entrar, residir y trabajar en uno o varios Estados miembros previa comunicación o solicitud de autorización, en su caso, a las autoridades de dichos Estados de acuerdo con su normativa en aplicación de la Directiva 2014/66/UE. Las entidades establecidas en otros Estados miembros de la Unión, podrán desplazar a España, previa comunicación a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, a los extranjeros titulares de una autorización de traslado intraempresarial ICT UE durante la validez de dicha autorización.

b) Autorización nacional de residencia por traslado intraempresarial. Procederá esta autorización en los supuestos no contemplados en la letra a) o una vez haya transcurrido la duración máxima del traslado prevista en el apartado anterior³⁰.

2) Tramitación colectiva:

Se prevé en el artículo 74 el traslado intraempresarial de grupos de profesionales, regulándose al efecto, un procedimiento simplificado, de forma que las empresas o grupos de empresas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 71.1.a) –grandes empresas, empresas con gran volumen de negocio o de fondos o con elevados nivel de inversión bruta o valor de stocks inversor, o PYMEs acreditadas como pertenecientes a sectores estratégicos- podrán solicitar la tramitación colectiva de autorizaciones que estará basada en la gestión planificada de un cupo temporal de autorizaciones presentadas por la empresa o grupos de empresas³¹. Estas empresas o grupos de empresas podrán solicitar su inscripción en la UGE-CE³², estando, entonces, exentas de

³⁰ La Dirección General de Migraciones podrá oponerse, de manera motivada, a la movilidad en el plazo de 20 días en los siguientes supuestos: i) Cuando no se cumplan las condiciones previstas en este artículo. ii) Cuando los documentos presentados se hayan adquirido fraudulentamente, o hayan sido falsificados o manipulados. iii) Cuando haya transcurrido la duración máxima del traslado. En caso de oposición por parte de la Dirección General de Migraciones, el primer Estado permitirá la reentrada sin más trámites del extranjero desplazado y de su familia. Si no se hubiera producido todavía el desplazamiento a España, la resolución denegatoria impedirá el mismo.

³¹ Se excluye de la posibilidad de solicitar la tramitación colectiva a las empresas o grupos de empresas que en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud de autorización: a) hayan sido sancionadas por infracción grave o muy grave en materia de extranjería e inmigración. b) no hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos en las comprobaciones de oficio efectuadas por la Administración.

³² La inscripción tendrá una validez de 3 años renovables si se mantienen los requisitos. Cualquier modificación de las condiciones deberá ser comunicada a la Unidad de Grandes

acreditar, en el momento de la solicitud, los requisitos previstos en el artículo 73.2.a), b) y c)³³.

Por último la disposición adicional 6^a prevé que sin perjuicio de la necesidad de acreditar, conforme a la legislación vigente, la continuidad de la residencia en España para la adquisición de la residencia de larga duración o la nacionalidad española, la renovación de la residencia podrá efectuarse aun existiendo ausencias superiores a seis meses al año en el caso de visados de residencia y autorizaciones para inversores extranjeros o trabajadores extranjeros de empresas que realizando sus actividades en el extranjero tengan fijada su base de operaciones en España.

4. Balance del nuevo régimen de movilidad internacional de la Ley de emprendedores

La Ley de Emprendedores debe valorarse especialmente, realizando una comparación con el procedimiento, de por sí más ágil que el común, previsto en el Título IX del RLOEx. A tal efecto, se anexan unas tablas comparativas de donde se desprende con toda claridad que el nuevo modelo reporta más beneficios. Prueba del posible éxito de la flexibilización introducida tanto en los aspectos materiales (requisitos de acceso) como procedimentales, es el ascenso experimentado en la solicitud y concesión de los visados objeto de este estudio. Las últimas cifras oficiales publicadas en julio de 2017³⁴, con datos hasta el año 2016 inclusive, constatan que desde que entró en vigor la LE, el flujo de autorizaciones concedidas por razones de interés económico ha aumentado significativamente, pasando de 2.588 autorizaciones concedidas en 2014 a las 7.099 dos años más tarde.

Durante 2016 el número de autorizaciones de residencia concedidas por aplicación de la LE se situó en 12.252. De estas, 7.099 fueron concedidas por razones de interés económico (art. 61 LE) y 5.153 fueron

Empresas y Colectivos Estratégicos en el plazo de 30 días. En caso de no comunicar dicha modificación, la empresa o grupo de empresa dejará de estar inscrita en la Unidad.

³³ No obstante, la Administración podrá efectuar de oficio comprobaciones del cumplimiento de estos requisitos para lo cual la entidad deberá disponer de la documentación acreditativa.

³⁴ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social “Flujo de autorizaciones de residencia concedidas a extranjeros, 2016”. Disponible en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/estadisticas/operaciones/flujos-autorizacion/2016/Residentes_PRFlujo2016.pdf

concedidas a familiares. Entre las autorizaciones de residencia por razones de interés económico, destacan las concedidas a profesionales altamente cualificados (3.141; 44,2%) y las autorizaciones de residencia por traslado intraempresarial (1.615; 22,7%), cuyas variaciones anuales relativas se sitúan en el 74,2% y el 32,5% respectivamente. Así mismo, destaca el incremento en el número de autorizaciones concedidas a inversores, que pasó de 176 en 2014 a 1.204 durante 2016. Todo ello permite afirmar que el número de autorizaciones de residencia concedidas por razones de interés económico aumentó un 55% en 2016.

Disponemos de cifras correspondientes al período comprendido entre la entrada en vigor de la ley y marzo de 2017, si bien, todavía no son datos publicados oficialmente³⁵. Según esta información, la cifra de estos permisos de residencia concedidos desde octubre de 2013 hasta marzo de 2017 casi se dobla, hasta alcanzar 29.992 visados, al sumar a los familiares de los titulares. Estos resultados suponen que ocho de cada diez permisos que se conceden implican la entrada de talento e innovación, puesto que son permisos para emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores o personal de multinacionales expatriado. Los otros dos de cada diez visados son para inversores en capital, en inmuebles o en proyectos empresariales, que en estos algo más de tres años y medio han desembolsado 2.390,8 millones de euros, de los que casi tres cuartas partes se han destinado al mercado inmobiliario. Del total de 14.343 autorizaciones dadas hasta marzo de 2017, 5.908 (41,2 %) han sido para profesionales altamente cualificados, con un total de 1.089 renovaciones. Le siguen los permisos para traslados intraempresariales, con 3.999 autorizaciones (27,9 % del total) y 475 innovaciones, una figura pensada para los extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación con una empresa establecida en el país. En tercer lugar, se sitúan los visados para inversores, 2.488 (17,3 %) y 190 renovaciones, seguidos de los destinados a formación o investigación, 1.627 (11,3 %) y 943 renovaciones. El menor número

³⁵ Datos extraídos de El Economista, noticia publicada el 18 de julio de 2017, relativa al número de visados concedidos 2017. La fuente de la publicación es la Secretaría de Estado de Comercio

<http://www.eleconomista.es/emprendedores-pymes/noticias/8504314/07/17/España-ha-otorgado-14343-visados-expres-el-83-para-atraer-talento-e-innovacion.html>

de visados concedidos han sido los destinados a emprendedores, 321 (2,3 % del total) y 30 renovaciones.

Cuestión distinta de su posible efectividad para conseguir el fin perseguido por la ley, es la valoración que merece desde la perspectiva de la técnica jurídica empleada. Compartimos la crítica generalizada formulada por la doctrina (MIÑARRO YANINI, 2017, pp.22-23, MOLINA NAVARRETE, 2013, pp. 61-62) en el sentido de que la opción del empresario de regular un procedimiento paralelo al previsto en la LOEx con el que no se coordina en absoluto y al que ni siquiera menciona o se remite, ha provocado una gran confusión entre los operadores jurídicos y, por ende, una cierta inseguridad jurídica. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados que no se concretan y cuya definición se remite, en el mejor de los casos, a una futura regulación reglamentaria que a día de hoy todavía no se ha llevado a cabo, acrecienta esa sensación de que el poder discrecional de la autoridad administrativa puede ser muy elevado y de que ese poder discrecional ha sido buscado a propósito. Estamos en presencia de una regulación que no puede considerarse ni coherente ni estructurada (MOLINA NAVARRETE, 2013, pág. 73).

Bibliografía

- BLOG DE EDUARDO ROJO TORRECILLA, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. entrada lunes, 11 de julio de 2016, “UE. Inmigración. La búsqueda del talento extranjero. Sobre la Propuesta de Directiva de sustitución de la Directiva “blue card” (referencia de sus contenidos más relevantes”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/07/ue-inmigracion-la-busqueda-del-talento.html>
- GARICANO SOLÉ, A., “La contratación de nacionales extranjeros altamente cualificados y los desplazamientos transnacionales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 115, 2015, pp. 75-89.
- MIÑARRO YANINI, M., “La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por “interés económico”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 31-32, 2017, pp. 52-73

- MOLINA NAVARRETE, C., “La dimensión socio-laboral del pretendido, ¿o pretencioso? Nuevo “estatuto promocional del emprendedor”, Revista de trabajo y seguridad social, núm. 369, 2013, pp.7-96.
- “Pasión reformadora sociolaboral y «estrés» de cierre legislativo (I): más autoempleo y emprendimiento social”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, .núm. 391, 2015, pp. 135 a 164.
- VELA DÍAZ, R., “El nuevo modelo migratorio de acceso privilegiado tras la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores”, Revista de Derecho migratorio y extranjería, núm. 37, 2014, pp 85-110.

ANEXO: CUADRO COMPARATIVO ENTRE RÉGIMEN DE EMPRENDEDORES Y EL RÉGIMEN GENERAL

| PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS | | |
|---|--|---|
| | Régimen privilegiado de la Ley de Emprendedores | Régimen general de inmigración extranjera por motivos económicos |
| | Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados | Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados |
| Supuestos | <ul style="list-style-type: none"> - Personal directivo o altamente cualificado. - Graduados, posgraduados de universidades y escuelas de reconocido prestigio. | <ul style="list-style-type: none"> - Personal directivo o altamente cualificado |
| Solicitante | El empresario | El empresario |
| Requisitos | <p>Profesional o trabajador:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Medios de vida. - Cumplimiento de los requisitos de seguridad. - Seguro público o privado de enfermedad con una Entidad aseguradora autorizada a operar en España. - No se exigen requisitos de enseñanza superior o de experiencia previa profesional. <p>Sólo respecto de personal directivo o altamente cualificado se exige que:</p> <p>1. o bien la Empresa o grupo acredite respecto de sí misma alguno (requisitos alternativos):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Plantilla superior a 250 trabajadores en España durante los últimos 3 meses. - Cifra neta anual de negocios en España superior a 50 mill €; o volumen de fondo propios o patrimonio neto superior a 43 mill. - Inversión bruta media anual procedente del exterior, no inferior a 1 mill € en los 3 años anteriores. - Empresas con valor del stock inversor o posición, según los últimos datos del Registro de Inversiones Exteriores del MINECO, superiores a 3 mill € | <p>Trabajador:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Enseñanza superior o 5 años previos de experiencia profesional. - Cumplimiento de los requisitos de seguridad. - Seguro público o privado de enfermedad con una Entidad aseguradora autorizada a operar en España. <p>Supuesto del art. 178 (ante la UGE): la Empresa –no el grupo- se exige que:</p> <p>1. o bien cumpla los ss. requisitos alternativos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Plantilla superior a 500 trabajadores en España durante los últimos 3 meses. - Cifra neta anual de negocios en España superior a 200 mill €; o volumen de fondo propios o patrimonio neto superior a 100 mill. - Inversión bruta media anual procedente del exterior, no inferior a 1 mill € en los 3 años anteriores. <p>2. o bien sea una PYME que pertenezca exclusivamente a uno de los siguientes sectores estratégicos: TIC, energías renovables, medioambiente,</p> |

| | | |
|----------------------------------|--|--|
| | <p>2. o bien que la empresa sea una Pyme establecidas en España y pertenezca a un sector considerado estratégico.</p> <p>3. o bien que el directivo forma parte de un Proyecto empresarial acreditado como de interés general:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por creación de puestos de trabajo directos. - Mantenimiento del empleo. - Por creación de puestos de trabajo en su sector de actividad o ámbito geográfico. - Inversión extraordinaria con impacto socioeconómico en su ámbito geográfico. - Interés para la política comercial y de inversión de España. - Una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica. | <p>agua, ciencias de salud, biofarmia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial.</p> <p>3. o bien el directivo forma parte de un Proyecto considerado como de interés general:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por creación de puestos de trabajo directos. - Por creación de puestos de trabajo en el sector de actividad o ámbito geográfico. - Inversión extraordinaria con impacto socioeconómico en su ámbito geográfico. - Aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica. |
| Necesidad de visado | No sí se encuentra legalmente en España | Sí |
| Plazos y silencio administrativo | <ul style="list-style-type: none"> - Entrada: 10 días hábiles. - Renovación: 20 días hábiles. <p>Silencio positivo.</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Entrada: 4 meses (1 mes consulado + 3 meses Oficina Extranjería/Generalitat). <p>Tramitación UGE: 40 días (10 días hábiles Consulado + 1 mes UGE). Todos silencio negativo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Renovación: 3 meses. Silencio positivo. |
| Ámbito | Tiene ámbito nacional. | <p>La actividad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tramitada por UGE: ámbito nacional. - Tramitada fuera de UGE: limitada geográficamente y por sector de Actividad |
| Figura jurídica | Permiso único | <ul style="list-style-type: none"> - Autorización de residencia temporal y trabajo (fuera de supuestos UGE, en Cataluña la residencia la concede el Estado y el trabajo la Generalitat). - Autorización de tarjeta azul |
| Duración | 2 años o la coincidente con la del contrato si es inferior a 2 años | Duración inicial de 1 año |

| | | |
|--|---|--|
| ¿Se tiene en cuenta la situación nacional de empleo? | NO | Si no tramita UGE, se aplica Situación Nacional de Empleo. |
| INVESTIGADORES | | |
| | Régimen privilegiado de la Ley de Emprendedores | Régimen general de inmigración extranjera por motivos económicos |
| | Residencia para formación o investigación | Residencia y trabajo para investigación |
| Supuestos | <p>1. Personal investigador artículo 13 y la DA1º de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.</p> <p>2. Personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España.</p> <p>3. Investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.</p> <p>4. Profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España, de acuerdo con los criterios que se establezcan reglamentariamente</p> | Extranjero cuya permanencia en España tiene como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación (listado de organismos del MINECO). |
| Requisitos | <ul style="list-style-type: none"> - Entrada: 10 días hábiles. - Obtención desde dentro de España o Renovación: 20 días hábiles. Silencio positivo. | <ul style="list-style-type: none"> - Entrada: 75 días (1 mes consulado + 45 días Oficina Extranjería/Generalitat). Tramitación UGE: 40 días (10 días hábiles consulado + 1 mes UGE). Todos silencio negativo. - Renovación: 3 meses. Silencio positivo. |
| Ámbito | Tiene ámbito nacional. | <p>La actividad:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Tramitada por UGE: ámbito nacional. - Tramitada fuera de UGE: limitada geográficamente y por sector de actividad |

| | | |
|--|--|--|
| Figura jurídica | Permiso único | Autorización de residencia temporal y trabajo (fuera de supuestos UGE, en Cataluña la residencia la concede el Estado y el trabajo la Generalitat). |
| ¿Se tiene en cuenta la situación nacional de empleo? | NO | No se aplica Situación Nacional de Empleo en caso de técnicos científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo o innovación. |
| TRASLADO INTRAEMPRESARIAL | | |
| | Régimen privilegiado de la Ley de Emprendedores | Régimen general de inmigración extranjera por motivos económicos |
| | Traslado intraempresarial | Residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de Servicios |
| Supuestos | Extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional , con una empresa o grupo de empresas establecida en España o en otro país . | Trabajador extranjero que se desplace a un centro de trabajo en España y dependa , mediante expresa relación laboral , de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la UE ni al EEE . Se deberá estar en uno de los siguientes supuestos: - Desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera en ejecución de un contrato entre ésta y el destinatario de la prestación de servicios establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la DA 4ª de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Se excluyen expresamente los desplazamientos con motivo de desarrollo de actividades formativas. - Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de que ésta forme parte. |

| | | |
|----------------------------------|---|--|
| | | <p>- Cuando dicho desplazamiento temporal afecte a trabajadores altamente cualificados y tenga por objeto la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.</p> <p>Se excluyen expresamente los desplazamientos con motivo de desarrollo de actividades formativas.</p> <p>- Sólo en el caso de personal directivo o altamente cualificado puede tramitarse por el Título IX RLOEx (lo que exige enseñanza superior o cinco años de experiencia profesional)</p> |
| Solicitante | La empresa a la que se desplaza | La empresa que desplaza |
| Requisitos | <ul style="list-style-type: none"> - Medios de vida. - Cumplimiento de los requisitos de seguridad. - Seguro público o privado de enfermedad con una Entidad aseguradora autorizada a operar en España. - Titulación superior o equivalente; o experiencia mínima profesional de 3 años. - Permanencia previa y continuada en la empresa o grupo de empresas de 3 meses. | <ul style="list-style-type: none"> - Cumplimiento de los requisitos de seguridad. - Que la residencia en el país/ países donde esté establecida la empresa que le desplaza sea estable y regular. - Que la actividad profesional del trabajador extranjero en el país o países en los que está establecida la empresa que le desplaza tenga carácter habitual. - Que se haya dedicado a dicha actividad como mínimo durante un año y haya estado al servicio de tal empresa, al menos, nueve meses. - Que la empresa que le desplaza garantice a sus trabajadores desplazados temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre. |
| Plazos y silencio administrativo | Tiene ámbito nacional. | <p>La actividad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tramitada por UGE: limitada por actividad. - Tramitada fuera de UGE: limitada por actividad. |

| | | |
|-----------------------------|--|---|
| Figura jurídica | Permiso único | <p>- Autorización de residencia temporal y trabajo.</p> <p>La vigencia de la autorización se vincula a la de la actividad. Salvo Convenio bilateral de Seguridad Social, la autorización+ prórroga no puede exceder de 2 años en total.</p> <p>-No se permite el cambio de actividad.</p> |
| Eficacia de la autorización | Despliega efectos desde la notificación de la autorización | Desde el alta en la Seguridad Social y en el caso de existencia de convenio de Seguridad Social aplicable desde que se produce la entrada en España. |
| Duración | Coincide con la del contrato que se aporte en la solicitud con límite máximo de 2 años | Duración inicial de 1 año |
| Traslado de grupos | Sí. Posibilidad de Gestión planificada de un cupo temporal de autorizaciones. | NO se contempla |

Fuente: elaboración propia a partir del Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional y del estudio de Garicano Solé (2015)

MIGRACIÓN: BREVES REFLEXIONES SOBRE
LA RELACIÓN JURÍDICA QUE VINCULA AL ESTADO
MEXICANO, CON SUS “TRABAJADORES” DE CONFIANZA

DR. LUIS GERARDO DE LA PEÑA GUTIERREZ*

SUMARIO:

- 1.** Introducción.
- 2.** Derecho laboral burocrático
- 3.** Inclusión constitucional del apartado B, en el artículo 123.
- 4.** Relación jurídica laboral entre el Estado y sus trabajadores.
- 5.** Trabajadores de base y de confianza.
- 6.** Migración.
- 7.** Relaciones jurídicas entre el Estado y los trabajadores del Servicio Exterior Mexicano.
- 8.** Funcionarios de la Administración Pública Federal asimilados al Servicio Exterior Mexicano.
- 9.** Procedimiento de responsabilidad administrativa.
- 10.** Derechos procesales de los Trabajadores del Servicio Exterior Mexicano.
- 11.** Conclusiones.
- 12.** Bibliografía.

* Magistrado Presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. (México)

1. Introducción

La migración humana, es un fenómeno que puede avizorarse desde varios talantes, verbigracia: social, cultural, económico, laboral; elegimos el último de los mencionados, a fin de plantear un análisis desde la materia del derecho laboral burocrático, es decir, al interior del Servicio Público de la Administración Pública Federal mexicana.

En principio, porque el tema de la migración, resulta de interés primario para las agendas gubernamentales, en sus relaciones políticas internacionales con otros Estados Nación; México históricamente, se ha visto fuertemente influenciado por este fenómeno social, debido a su ubicación geográfica, pues al colindar al norte con Estados Unidos de Norteamérica, gran parte de su población tiende naturalmente a migrar con fines laborales a este país vecino, en búsqueda de mejores oportunidades de trabajo.

Es muy común que en México, al referirnos a los trabajadores migrantes, vinculemos esta circunstancia con la migración al país del norte, incluso que el fenómeno migratorio lo asociemos con una calidad irregular; sin embargo, no todos los trabajadores siguen esta suerte, tal es el caso de los trabajadores que migran a otros países ostentando una calidad debidamente regulada, como ocurre con los servidores públicos de la Administración Pública Federal, en las distintas representaciones que tiene el Estado Mexicano a lo largo y ancho del orbe mundial, y es a este grupo específico de trabajadores, a quienes nos referimos en el presente trabajo.

El sistema jurídico Mexicano, atravesó por una importante reforma constitucional, en materia de derechos humanos, la cual abrió la posibilidad de incluir al texto constitucional nuevas herramientas hermenéuticas, que han dado paso a interpretaciones más extensivas sobre los derechos de las personas en las distintas especialidades del derecho, pugnando cada vez más por configurar un *ius commune*, conforme con los diversos sistemas de derechos humanos.

En ese sentido, consideramos oportuno para el presente trabajo, identificar los derechos y prerrogativas que regulan la actuación de los funcionarios públicos de la Administración Pública Federal, que tienen encomendada la representación y ejecución de la política exterior de México, en otras latitudes; y con ello, la interpretación que de los mismos

contempla el Estado Mexicano, conforme al derecho internacional en la materia en comento.

Ya que según veremos, se ha identificado al derecho burocrático con especificidades tales, que ha sido catalogado como una disciplina compleja o *sui generis*, debido a que tuvo su origen en la materia civil, fue regulada por la materia administrativa de la que aun participa y evolucionó a la materia laboral, pues según lo hemos sostenido, esta disciplina autónoma del derecho, a diferencia de otras, posee una amplia regulación en el texto constitucional, que no se limite únicamente, al derecho sustantivo previsto en el artículo 123, apartado B, de nuestro máximo ordenamiento legal.

2. Derecho laboral burocrático

En México las relaciones que unen al Estado con los servidores públicos que prestan sus servicios para éste, se encuentran inmersas en el ámbito del derecho laboral burocrático, el cual, constituye una disciplina autónoma del derecho laboral, al respecto el Doctor Quintana, refiriéndose a otros tratadistas establece que existen al menos:

cuatro requisitos a superar para establecer que alguna disciplina del derecho es autónoma de las demás, a saber: 1) que se cuente con autonomía legislativa, 2) con autonomía jurisdiccional, 3) con autonomía científica, y, 4) con autonomía didáctica...apoyados en estas ideas es dable considerar que el Derecho burocrático tiende a cumplir una serie de valores y fines específicos que son inherentes a su naturaleza autónoma, encaminados al estudio y regulación de un objeto bien definido que lo distinguen de otras especialidades o disciplinas dentro de la ciencia jurídica. (Quintana 2013, p.53)¹.

Ahora bien, a fin de adentrarnos en el contexto del Derecho Burocrático, desde su aspecto ontológico, resulta oportuno atender a las aportaciones de los siguientes autores: Para Bolaños (2010), "...es el

¹ Carlos F. Quintana, *Consideraciones sobre la autonomía del Derecho Burocrático en México, El Derecho Laboral Burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, Ensayos temáticos 1963-2013*, (México: Secretaría de Gobernación, 2013), 53.

sistema racional de normas jurídicas que tiene por objeto regir la relación de trabajo que surge entre el Patrón-Estado y sus servidores públicos, aclarando que el Estado no goza de su imperium, se le denomina Patrón-Estado”²(p.1).

Romero (2002), lo definió como: “...aquella rama del derecho laboral que se encarga de normar las relaciones entre el Estado y sus trabajadores en sus diversos niveles (Federación, Estados y Municipios), así como los derechos y obligaciones que de ella surjan”³(54).

El tratadista Cantón (1998), puntualizó que es: “...una institución compleja, entendida como el trabajo desarrollado en oficinas de gobierno o bien para aludir a personas que están en el servicio público como un grupo”⁴ (p.12).

Reynoso (1998) consideró que: “El Derecho burocrático, como parte del Derecho del trabajo, es el conjunto de normas jurídicas con las que se busca regular la relación laboral entre los trabajadores que tienen como empleador al Estado”⁵ (p.14).

Finalmente, el Doctor Fix Zamudio (1999), expuso que el Derecho laboral burocrático: “...está integrado por un conjunto bastante complejo de disposiciones que pertenecen a tres sectores: administrativo, laboral y seguridad social y por ello se sostiene que debe considerarse como una rama autónoma”⁶ (p. 107).

Las anteriores definiciones, nos permiten arribar a las siguientes conclusiones, el derecho laboral burocrático se erige como disciplina autónoma del derecho laboral; derivado del cumulo de derechos constitucionales en que encuentra sustento, atiende a una composición compleja, que tiene por objeto, regular las relaciones existentes entre el Estado -desprendido de su facultad de imperio, por tanto, desde un plano de igualdad- con los trabajadores a su servicio, así como los derechos y obligaciones que surgen con motivo de tales relaciones.

² Rigel Bolaños Linares, *Derecho Laboral Burocrático*, (México: Porrúa, 2010), 1.

³ Miguel Acosta Romero, *Derecho Burocrático Mexicano*, (México: Porrúa, 2002), 54.

⁴ Miguel Cantón Moller, *Derecho del trabajo burocrático*, (México, PAC, 1998), 12.

⁵ Carlos Reynoso Castillo, *Curso de Derecho Burocrático* (México: Porrúa, 1999), 14.

⁶ Héctor Fix Zamudio en Carlos Morales Paulín, *Derecho Burocrático* (México: Porrúa, 1999), 107.

3. Inclusión constitucional del apartado B, en el artículo 123

En el sistema jurídico mexicano, el derecho laboral burocrático –según ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia nacional–, por su importancia, fue elevado a norma de rango constitucional, mediante el decreto que reformó y adicionó el artículo 123 de la Constitución General de la República, concretamente, el apartado B, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el cinco de diciembre de mil novecientos sesenta, entonces denominado: “Entre los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito Federal y de los Territorios Federales y sus trabajadores”, hecho que dio verdadera valía jurídica al derecho laboral burocrático en nuestro país.

Debido a que el derecho burocrático, no formó parte del texto originario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reformó, la Constitución del cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, publicada el cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, en el Diario Oficial del Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, se dijo que las relaciones de trabajo entre los trabajadores al servicio del Estado y sus trabajadores se regularían por las leyes del Servicio Civil, las cuales nunca se emitieron.

No fue, sino hasta la reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el cinco de diciembre de mil novecientos sesenta, cuándo se adicionó el referido apartado B, al texto Constitucional, dando paso, a la expedición de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (en los sucesivos LFTSE), “Reglamentaria del apartado B) del artículo 123 Constitucional”, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintiocho de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

Cabe señalar, que en la exposición de motivos de la iniciativa de la legislación burocrática, el Ejecutivo Federal destacó:

Los trabajadores al servicio del Estado, por diversas y conocidas circunstancias, no habían disfrutado de todas las garantías sociales que el artículo 123 de la Constitución General de la República consigna para los trabajadores. ...

Es cierto que la relación jurídica que une a los trabajadores en general con sus respectivos patrones, es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos con el Estado, puesto que aquellos laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, mientras que éstos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose

en íntimos colaboradores en el ejercicio de la función pública. Pero también es cierto que el trabajo no es una simple mercancía, sino que forma parte esencial de la dignidad del hombre; de allí que deba ser siempre legalmente tutelado. ...

Se reitera en el Proyecto el funcionamiento de un Tribunal de Arbitraje, al que además se le asignan, en forma expresa, funciones conciliatorias, para el conocimiento y resolución de los diversos conflictos que puedan surgir entre el Estado y sus servidores...⁷

Con lo anterior, se evidenció la intención del legislador, de reconocer y proteger en favor de los servidores públicos, un cúmulo mínimo de derechos fundamentales, que permitió sentar las bases del Derecho Laboral Burocrático, y con ello, la creación de un Tribunal especializado, de relevancia constitucional; a fin, de que los trabajadores de los Poderes de la Unión, pudieran acudir a reclamar los derechos que consideraran violentados por parte del patrón Estado, por lo que desde el año de mil novecientos sesenta y tres, se ventilan y resuelven los conflictos individuales y colectivos, entre el Estado y los trabajadores a su servicio, en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (en lo sucesivo TFCA).

Por otro lado, la expedición de la LFTSE, apoyó el progreso de la administración pública y la elevación de las condiciones de vida de los servidores públicos, mediante la armonía de los principios rectores de esta disciplina del derecho y sus instituciones; es decir, la regulación de los problemas de trabajo y la determinación de los beneficios mínimos que deberían corresponder a los trabajadores por la prestación de sus servicios; por ello, es posible considerar que una de las más grandes victorias de los servidores públicos, es la autonomía en la vida del derecho vigente.

Derivado de lo anterior, se concluye que el referido apartado B, del artículo 123, de la Norma Fundamental —que desde su redacción original ha tenido diversas reformas y adiciones, hasta llegar al texto actual—, es el marco referente al que se ciñen, las relaciones de índole laboral burocrática.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Índice del proceso legislativo correspondiente a la reforma publicada en el diario oficial de la federación el 05 de diciembre de 1960” https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/055%20-%2005%20DIC%201960.pdf (consultada el 27 de octubre de 2017)

Asimismo, es menester indicar que esta disciplina del Derecho Social –autónoma por su objeto, finalidad y metodología propios–, regula las relaciones del Estado y sus trabajadores, bajo principios, fines y condiciones diversas a los de otras ramas del saber jurídico, debido a que, contiene particularidades que requieren de un especial análisis para su comprensión.

4. Relación jurídica laboral entre el Estado y sustrabajadores

La relación jurídica, se refiere al vínculo o nexo, que existe entre dos o más personas, como resultado de un acto jurídico, vinculado por una norma legal, con lo que se genera una relación entre la parte hipotética o supuesto y la consecuencia jurídica.

En contexto, en la relación jurídica de trabajo los sujetos vinculados por el acto jurídico tienen calidades específicas, de *empleado* y *empleador* respectivamente, los cuales someten el acto jurídico que origina la relación de trabajo, a la normativa laboral, a fin de regular las prestaciones y derechos a las que se obligan.

Para De la Cueva, (2015), la *relación de trabajo*, es:

una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias” (p.187).⁸

Del concepto anterior, vale la pena destacar que el autor en cita, refiere al acto jurídico, como una situación en la cual se actualizan al menos dos teorías, a saber: *el contractualismo* y *el relacionismo*; la diferencia entre estas instituciones consiste en que para que cualquiera de ellas se actualice, depende de la existencia del elemento subjetivo del consentimiento; de ahí que, la primera de las mencionadas considere

⁸ Mario De La Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, (México: Porrúa, 2015), t.I, 187.

como imperativo categórico, la existencia de un acuerdo de voluntades previa a la prestación de los servicios, según lo sostiene Scelle, en De la Cueva (2015):

...si el derecho del trabajo, ha de ser el estatuto de los hombres que entregan su energía física e intelectual a la economía, es preciso que extienda su manto protector sobre el trabajo, considerándolo en sí mismo, en su realidad objetiva, como una fuerza que requiere un estatuto jurídico, que asegure su salud y su vida y le proporcione una existencia decorosa” (p.186)⁹.

Mientras que la segunda corriente, se actualiza con la simple existencia de una relación de trabajo regulada por la normativa laboral, sin que medie un acuerdo de voluntades previo, pues ésta se perfecciona desde el inicio de la prestación del servicio y la subordinación ante su empleador, conforme a las necesidades del empleo.

De tal suerte, que existe una disgregación entre dos instituciones jurídicas: contrato y relación, ambas en el contexto laboral; dando lugar a un necesario cuestionamiento, sobre si una pende de la otra; o bien, si una es consecuente de la otra; ya que éstas suponen posiciones o enfoques opuestos.

Sin embargo, lo verdaderamente importante es el acto o causa que da lugar a la relación laboral, concretamente, el momento en que se hace aplicable la norma a la parte hipotética o supuesto de hecho, como presupuesto indispensable o momento de iniciación del trabajo como tal, es decir, la prestación efectiva en sí.

Ahora bien, existe un tercer criterio concebido por un estatuto objetivo (contrato de trabajo o nombramiento) y la normativa laboral, pública y privada (Constitución, Ley, Reglamento, Condiciones Generales de Trabajo, etc.), identificado como *acto condición*, el cual no está supeditado al interés de uno o varios trabajadores, sino de todos los actuales y futuros, es decir, de una clase trabajadora en concreto.

En nuestra opinión, el nombramiento por el cual se formaliza la relación jurídica de trabajo, en el derecho laboral burocrático, corresponde a un *acto condición*, al respecto Marrufo (2014), refiere que: “La

⁹ De la Cueva “*El nuevo derecho mexicano del trabajo*”, 186.

tesis del acto condición deriva de la voluntad del Estado y del particular nombrado y del efecto jurídico que origina, o sea, condicionar la aplicación a ese caso particular de las disposiciones legales preexistentes que regulan la relación establecida” (p.349)¹⁰. Lo anterior es así, porque es necesario que se actualice una específica calidad de los agentes en la relación jurídica, que se entiende entre los Poderes de la Unión, a través de sus titulares y los trabajadores a su servicio.

Respecto a la institución jurídica del nombramiento, Gabino (1998) considera que: “Es el acto que origina la relación de servicio, es un acto-unió que condiciona la aplicación a un caso individual (el particular que ingresa al servicio) de una situación jurídica general preexistente” (p.96)¹¹.

Asimismo, Acosta (1995) considera que: “El nombramiento es el documento donde consta la designación de determinada persona, para desempeñar un cargo o empleo público y consecuentemente, formaliza la relación jurídica de trabajo con el titular de la entidad respectiva o dependencia” (265)¹².

Ahora bien, en su ejercicio jurisprudencial la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada de rubro, “*RECATEGORIZACIÓN PROMOVIDA POR TRABAJADORES INCLUIDOS EN LISTAS DE RAYA. SI LA DEMANDAN Y ACREDITAN QUE REALIZAN LABORES DIFERENTES A LAS CONTRATADAS CON MEJOR REMUNERACIÓN Y EL PATRÓN NO DEMUESTRA QUE LA RELACIÓN FUE POR OTRA O TIEMPO DETERMINADO, SE ESTIMA QUE ES PERMANENTE Y, POR TANTO, PROCEDE LA ACCIÓN RELATIVA*”; (Tesis IX 1o.5 L (10a.)) manifestó que la incorporación de un trabajador a las *listas de raya*, implica una temporalidad en la relación laboral, ya sea por obra o tiempo determinado, por tanto, goza de la protección y beneficios que le concede la ley, durante la vigencia de la relación de trabajo.

En ese sentido, podemos concluir que el Derecho Burocrático en el sistema jurídico mexicano, en la actualidad, sigue la corriente

¹⁰ José Atanacio Alpuche Marrufo, *Trabajadores burócratas de confianza y el derecho de sindicación* (México: Porrúa, 2014) p 349.

¹¹ Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, en Miguel Cantón Moller, *Derecho del trabajo burocrático*, (México: Pac, 1998) p 96.

¹² Miguel Acosta Romero, *Derecho burocrático mexicano*, (México: Porrúa, 1995) 265.

Relacionista, ya que la calidad de trabajador al servicio del Estado, se adquiere únicamente mediante la expedición de un nombramiento, o bien, por la inclusión en las listas de raya, por lo que no puede ser presumible el nombramiento o bien la calidad de trabajador al servicio del Estado, como sí sucede en el derecho laboral privado.

Pues según se refirió, el vínculo que une al Estado con los servidores que prestan sus servicios para éste, atiende a una naturaleza específica, que generalmente nace con la expedición de un nombramiento, mediante un acto meramente administrativo o mandamiento de naturaleza imperativa del Estado, como generadora de la relación (acto condición); en la que se contienen, elementos mínimos, a saber: tipo de puesto o cargo, obligaciones y derechos, la forma de su desempeño, la temporalidad de sus funciones y el presupuesto del que pende su permanencia como servidor público, es decir, mediante la existencia de una plaza presupuestalmente prevista.

Por lo que si bien, los elementos del nombramiento se encuentran previamente condicionados en la ley, este hecho no ha impedido que los titulares de las dependencias o el personal autorizado para ello, inicien de manera verbal relaciones de trabajo conforme a los elementos de procedibilidad previstos en ley, situación irregular que de ninguna forma ocasiona la anulación o desconocimiento de los efectos que ésta crea en beneficio de los trabajadores.

Generando con ello, únicamente la acción para demandar la expedición del nombramiento o la inclusión formal en las listas de raya, según lo sostiene la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia de rubro:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. SI DEMUESTRAN QUE HAN VENIDO PRESTANDO SERVICIOS A LA DEPENDENCIA ESTATAL POR DESIGNACIÓN VERBAL DEL TITULAR, TIENEN ACCIÓN PARA DEMANDAR LA EXPEDICIÓN DEL NOMBRAMIENTO O SU INCLUSIÓN EN LAS LISTAS DE RAYA Y, EN SU CASO, TODAS LAS DEMÁS ACCIONES CONSECUENTES. (Tesis: 2a./J. 76/98)

De lo anterior, es posible concluir que conforme al criterio en comento, prevalece en nuestro derecho burocrático, la existencia de la relación jurídica de trabajo, sobre las formalidades en la expe-

dición de un nombramiento, como acto previo a la relación jurídica de trabajo.

Pues según lo referimos, la relación de trabajo surge a partir del acto jurídico vinculante entre el trabajador y el empleador, de tal suerte, que el nexo jurídico en la materia laboral entre particulares toma su origen del Contrato Individual de Trabajo, en la enteleguía, que desde una visión contractualista, este acto jurídico, supone el inicio formal de la relación jurídica de trabajo, al cual se supeditan las condiciones en que éste se pacta.

5. Trabajadores de base y deconfianza

Son trabajadores al servicio del Estado, según lo establece Dávalos (1984), aquellas: “personas físicas que prestan sus servicios en la realización de la función pública, de manera personal, bajo la subordinación del titular de una dependencia o de su representante y en virtud de nombramiento expedido por autoridad competente...”¹³, situación, que se encuentra regulada en el artículo 30, de la legislación burocrática, que define al trabajador como “toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros”, mientras que el artículo consecutivo, establece, que se dividen en dos grupos: *confianza* y de *base*.

Históricamente, la principal pretensión de la burocracia en nuestro país, ha sido la permanencia en el empleo, seguida de la seguridad social y otras prestaciones de naturaleza laboral, y resulta hasta nuestros días, un tema medular, de constante debate en esta disciplina del derecho.

Esto se debe, a que, la fracción XIV, del apartado B, del artículo 123, Constitucional, establece que: “...la ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutará de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social”, en ese tenor, la ley de la materia contempla un catálogo en el que expone de forma general, las funciones consideradas con el carácter de confianza, en cada uno de los Poderes de la Unión, así mismo, en el poder ejecutivo, deja abierta esta clasificación para los

¹³ José Dávalos, *Trabajadores al Servicio del Estado*, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, (México: Porrúa-UNAM, 1984), t VIII, 297.

puestos que así se consignen en los catálogos de las dependencias; estos puestos tienen como principal característica, que no gozan del derecho a la estabilidad en el empleo.

A diferencia de la clasificación anterior, los trabajadores de base al servicio del Estado, se caracterizan porque gozan del derecho a la permanencia en el puesto, o inamovilidad en el empleo, es decir, para que sean cesados sin responsabilidad para el titular Estado, se requiere la actualización de alguna de las causales previstas en el artículo 46, de la propia LFTSE, correspondiéndole por ministerio de ley la carga de la prueba, a los titulares de las dependencias demandadas, para acreditar los hechos constitutivos de la causal reclamada.

Ahora bien, los trabajadores al servicio del Estado, adquieren la calidad de trabajadores de base, en términos del artículo 6o, de la ley de la materia, cuando reúnan los siguientes requisitos: no realicen funciones de trabajo calificadas de confianza, ocupen un puesto de nueva creación, o bien, que éste se encuentre vacante y cumplan más de seis meses de servicio, ininterrumpido, sin nota desfavorable¹⁴; es decir; en este esquema normativo residual, los trabajadores al servicio del Estado, en la generalidad son de base y excepcionalmente deconfianza.

Sin embargo, con independencia de la calidad que se atribuya en el nombramiento, como elemento fundante de la relación jurídica de trabajo, el pleno de nuestro máximo tribunal, estableció, en la jurisprudencia de rubro: “TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. PARA DETERMINAR SI TIENEN UN NOMBRAMIENTO DE BASE O DE CONFIANZA, ES NECESARIO ATENDER A LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES QUE DESARROLLAN Y NO A LA DENOMINACIÓN DE AQUÉL.

(TesisP./J.36/2006)”, el presente criterio, deriva de la interpretación, de la fracción XIV del apartado B) del artículo 123 constitucional, que

¹⁴ Al respecto, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, emitió el siguiente criterio: “*TRABAJADORES DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS. SI COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE QUE SU RELACIÓN ES DE CARÁCTER LABORAL DEMANDAN SU RECONOCIMIENTO EN UNA PLAZA DE BASE O POR TIEMPO INDEFINIDO, PREVIAMENTE A DETERMINAR LA CLASE DE NOMBRAMIENTO QUE SE LES DEBE OTORGAR, ES NECESARIO EXAMINAR LA NATURALEZA DE SUS FUNCIONES, LA SITUACIÓN REAL EN QUE SE ENCONTRABAN Y LA TEMPORALIDAD DE SU CONTRATACIÓN.*” (Tesis I.6o. T.J/35(10a.)).

establece: "...la ley determinará los cargos que serán considerados de confianza...", por lo que asume, que el Poder Revisor de la Constitución tuvo la clara intención de que el legislador ordinario precisara qué trabajadores al servicio del Estado, por la naturaleza de las funciones realizadas, serían considerados de confianza; las cuales, debieran ser congruentes con la denominación del nombramiento otorgado, sin embargo, ocasionalmente pueden no serlo, con motivo de que el patrón equiparado asigna a este último, funciones que no son propias de un cargo de confianza,

Por lo tanto, a fin de preservar la voluntad legislativa, es posible establecer como regla general en la materia Burocrática, que cuando sea necesario determinar si un trabajador al servicio del Estado, es de confianza o de base, deberá atenderse al análisis previo de los siguientes rubros: la naturaleza de sus funciones, la situación real en que se encontraba y la temporalidad de sus contratos.

6. Migración

El fenómeno de la migración humana desde una primera aproximación, para Dollot en De la Flor (2014), es: "el movimiento de un ser humano o de un grupo de seres humanos que van de un espacio sobre la tierra a otro" (p.5)¹⁵, sin embargo, dicho autor encuentra que la migración de tipo internacional, cuenta con matices específicos respecto de ciertos elementos que se encuentran a su vez ligados de manera contingente a otros elementos, tal es el caso de: ser humano – ciudadanía; movimiento – voluntariedad; y, espacio – frontera, todos ellos ligados estrechamente al elemento Estado.

En ese sentido, debemos entender que la migración internacional se concibe como el tránsito de personas a través de las fronteras en un país diverso al de origen, o bien, aquel en el que hubiera asentado su ciudadanía, nótese que hasta este momento, no se ha incluido una finalidad o razón específica que origina dicho tránsito, pudiendo éste, responder a diversos fines.

¹⁵ ¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México, (México: UNAMIIJ, 2014)5. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3649/1.pdf>(consultada el 27 de octubre de 2017)-

En la convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) (artículo 2.1), se definió a los trabajadores migrantes como: “Se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”¹⁶.

El glosario de Migración número 7, del 2006, de la Organización Internacional sobre Migración, respecto al concepto de migrante refiere: “A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante.” Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello”¹⁷.

La normatividad mexicana, define al “migrante”, en el artículo 3o. fracción XVII, de la Ley de Migración, como: “al individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación”. Sin que dicho concepto involucre hasta el momento alguna calidad migratoria en específico.

Asimismo, la referida norma, contempla un régimen de excepción migratorio para representantes y funcionarios de gobiernos extranjeros y de organismos internacionales, en comisión oficial, según se advierte en el artículo 50 de la referida ley:

Artículo 5. Quedan exceptuados de la inspección migratoria los representantes y funcionarios de gobiernos extranjeros y de organismos internacionales que se internen al país en comisión oficial, sus familiares y los miembros del personal de servicio, así como las personas que, conforme a los tratados y convenios de los cuales sea parte el Estado Mexicano, a las leyes y a las prácticas internacionales reconocidas por el Estado Mexicano, gocen de inmunidades respecto de la jurisdicción territorial, atendiendo siempre a la reciprocidad internacional.

¹⁶ Organización internacional para las migraciones, “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx> (consultada el 27 de octubre de 2017).

¹⁷ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos “Los términos clave de migración”, <https://www.iom.int/es/los-terminos-clave-de-migracion> (consultada el 27 de octubre de 2017).

De los anteriores preceptos, es posible avizorar que los trabajadores al servicio de la Administración Pública Federal, que tienen encomendada la representación y ejecución de la política exterior de México, poseen por ese simple hecho, una condición migratoria legal como a continuación se advierte.

7. Relaciones jurídicas entre el Estado y los trabajadores del Servicio Exterior Mexicano

Al adentrarse en el análisis de la materia laboral burocrática en el sistema jurídico mexicano, advertimos, que no todas las relaciones que vinculan al Estado con el personal a su servicio, son laborales, ya que estas también pueden ser de naturaleza electoral (ejemplo, el Presidente Constitucional de la República Mexicana o los Gobernadores de los Estados) quienes son elegidos por medio del voto ciudadano; o bien, administrativa (ejemplo, los cuerpos policiacos y militares), quienes se rigen por sus propios ordenamientos y no los une con el Estado una relación de naturaleza laboral.

El artículo 123 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en la fracción XIII, párrafo primero, que: “Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.”

En ese sentido, el artículo 10 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, lo define como sigue:

ARTÍCULO 10.- El Servicio Exterior Mexicano es el cuerpo permanente de funcionarios del Estado, encargado específicamente de representarlo en el extranjero y responsable de ejecutar la política exterior de México, de conformidad con los principios normativos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Servicio Exterior depende del Ejecutivo Federal. Su dirección y administración están a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en lo sucesivo denominada la Secretaría, conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y a los lineamientos de política exterior que señale el Presidente de la República, de conformidad con las facultades que le confiere la propia Constitución.

Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública

Federal mantendrán coordinación con la Secretaría para el ejercicio de acciones en el exterior.

En contexto, resulta sumamente ilustrativo el desarrollo interpretativo que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que identifica como regla general, a las relaciones entre miembros de la Administración Pública Federal y el Estado patrón, como equiparables a las laborales, sin embargo de manera excepcional, las relaciones entre los miembros del Servicio Exterior, mantienen una naturaleza administrativa y se rigen por la Ley del Servicio Exterior Mexicano, como excepción a la regla, por lo que al analizar e interpretar las normas que rigen a este personal, debe atenderse, tanto a la situación y necesidades particulares de sus miembros, a las funciones encomendadas a este servicio, así como a los intereses que el Estado persigue en su política exterior, lo anterior, según lo sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis (1a. CCXVI/2012 (10a.)) de rubro: “SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. AL INTERPRETAR LAS NORMAS APLICABLES A SUS MIEMBROS, DEBE ATENDERSE A LA SITUACIÓN PARTICULAR DE ÉSTOS Y A LAS FUNCIONES ENCOMENDADAS A AQUÉL”.

Atendiendo a esta misma naturaleza administrativa, Tribunales Colegiados de Circuito, emitieron una tesis aislada, en la que se declaró la incompetencia del TFCA, para conocer de los asuntos concernientes al personal del Servicio Exterior Mexicano, bajo el argumento, de que la relación laboral entre éste y su personal, se rige por sus propias leyes, en el entendido de que es el cuerpo permanente de funcionarios del Estado, encargado de representarlo en el extranjero y responsable de la política exterior de México, dependiente del Ejecutivo Federal, a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, lo anterior conforme a la (tesis I.60.T.468 L) de rubro:

SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. LA RELACIÓN LABORAL CON SUS TRABAJADORES SE RIGE POR SUS PROPIAS LEYES, POR LO QUE EL TRIBUNAL FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DE LOS RECLAMOS QUE EN ESA MATERIA SE DEMANDEN, TENIENDO EL IMPARTIDOR DE JUSTICIA LA FACULTAD DE ESTUDIAR OFICIOSAMENTE EN TODO MOMENTO LA PROCEDENCIA DE LA VÍA.

Por otro lado, la segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el mismo criterio que defiende la naturaleza administrativa de los trabajadores del Servicio Exterior Mexicano, remite la competencia por afinidad al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en términos del artículo 73, fracción XXIX-H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que como se mencionó con anterioridad, por disposición constitucional, este sector, se rige por sus propias leyes, sin embargo, su reglamento no establece, cuál es el órgano competente para conocer de los conflictos derivados de la prestación de sus servicios, por lo que se consideró que el entonces Tribunal Fiscal de la Federación, actualmente denominado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, era el órgano más a fin para resolver sus controversias según se advierte en la (tesis 2a. XVII/2000) de rubro: “COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS ASUNTOS DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS MIEMBROS DEL SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN.”

8. Funcionarios de la Administración Pública Federal asimilados al Servicio Exterior Mexicano

Resulta relevante destacar, que algunas dependencias del Poder Ejecutivo Federal, verbigracia: la Secretaría de la Defensa Nacional (en lo sucesivo SEDENA) o la Secretaría de Marina (en lo sucesivo SEMAR), así como, la hasta ahora denominada Procuraduría General de la República, como órgano del poder ejecutivo, en transición a la Fiscalía General de la República, como órgano público autónomo de reciente inclusión al texto constitucional en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintinueve de enero de dos mil dieciséis; cuentan con agregadurías o representaciones en otros países.

Ahora bien, según se afirmó, el segundo párrafo, del artículo 1o, de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, dispone que estas representaciones son asimiladas al servicio exterior.

En este sentido, en el caso específico de la SEDENA y la SEMAR, en términos del ARTÍCULO PRIMERO, del “DECRETO por el que se dispone que los agregados militares, aéreos o navales, titulares y ad-

juntos, serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal a propuesta de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, según corresponda, quedando adscritos a la misión diplomática que el propio Ejecutivo Federal determine”, son asimilados al Servicio Exterior Mexicano, según se aprecia:

ARTICULO PRIMERO.- Los agregados militares, aéreos o navales, titulares y adjuntos, serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal a propuesta de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, según corresponda, quedando adscritos a la misión diplomática que el propio Ejecutivo Federal determine, tomando en cuenta los estudios que en materia militar, política, social y económica se formulen.

Dichos agregados serán acreditados y asimilados al Servicio Exterior Mexicano, en los términos de las disposiciones aplicables.

Este tratamiento asimilado de funcionarios al Servicio Exterior Mexicano, también se encuentra previsto en el artículo 104 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que establece:

Artículo 104. La Procuraduría contará con agregadurías legales, agregadurías regionales y oficinas de enlace, que serán órganos descentrados, coordinados por el Titular de la Coordinación de Asuntos Internacionales y Agregadurías.

Las agregadurías contarán con Agregados, Agregados adjuntos, asistentes legales y asistentes administrativos, de acuerdo con las necesidades del servicio y a las disponibilidades presupuestales.

Los agregados, agregados adjuntos, titulares de las oficinas de enlace y el personal que preste sus servicios en esas áreas y que cuenten con pasaporte diplomático expedido por el Estado Mexicano a instancia de esta Institución, serán designados y removidos en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica, y serán personal asimilados del Servicio exterior Mexicano...

De lo anterior es posible concluir que a fin de mantener congruencia normativa en el sistema jurídico mexicano, los trabajadores de la Administración Pública Federal, que laboran en una agregaduría, son asimiladas al Servicio Exterior, por lo que se encuentran sujetos a las mismas obligaciones que los miembros del personal de carrera, de ahí que, tanto el funcionario como sus familiares, gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción territorial, conforme al principio de reciprocidad internacional.

9. Procedimiento de responsabilidad administrativa

La Constitución supone el culmen de los factores reales y efectivos de poder, de ahí que se le haya denominado norma fundante o fundamental, ya que ésta determina la base del Estado; es decir, el texto constitucional, contempla tanto la organización de su estructura, como el ejercicio del poder público, los órganos que lo ejercen y los derechos fundamentales regulados por las legislaciones ordinarias, que permiten materializar los derechos y libertades tanto de los gobernantes como de los gobernados.

De ahí que los preceptos constitucionales no puedan ser alterados, contradichos o ignorados por la acción u omisión de los poderes públicos, porque la Constitución tiene un valor de derecho más fuerte que cualquier otra norma, de ahí que el contenido del texto constitucional, no se contradiga, sino que se excepciona.

Luego, uno de los fines que persigue el sistema jurídico constitucional es crear una limitación al poder por el poder, a efecto de que los diversos órganos del Estado, en su actuar, estén impedidos para vulnerar los derechos fundamentales de los gobernados.

En ese sentido, según afirma López (2013), desde el ámbito de la Constitución Política Mexicana, los artículos 79 y 108 a 114, establecen el sistema de responsabilidades de los servidores públicos que se conforma por cinco vertientes:

1. La responsabilidad política;
2. La responsabilidad penal;
3. La responsabilidad civil;
4. La responsabilidad administrativa, y
5. La responsabilidad resarcitoria.”(p.37)¹⁸

Por resultar de especial interés para el presente trabajo, nos abocaremos a la responsabilidad administrativa, en el ámbito del Servicio Exterior Mexicano y los trabajadores de la Administración Pública

¹⁸ Miguel Alejandro López Olvera, La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México (México: 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM) p 37. (consultada el 27 de octubre de 2017).

Federal, asimilados a éste; de tal suerte que el la Ley del Servicio Exterior Mexicano, dispone un procedimiento de responsabilidad administrativa, en el cual establece los supuestos por los cuales sus miembros pueden ser separados o suspendidos de sus cargos, conforme al artículo 53, como sigue:

Los miembros del Servicio Exterior sólo podrán ser separados de sus cargos ya sea temporalmente por medio de suspensión como consecuencia de la aplicación de una sanción administrativa y, en forma definitiva, por baja y destitución como consecuencia de una sanción administrativa, en términos de la presente Ley y su Reglamento.

Asimismo, en el artículo 57, de la referida ley establece las sanciones a las cuales podrán ser sujetos los miembros del servicio: I. Suspensión. II. Destitución. y III. Sanción Económica; suponiendo además, para el caso del segundo supuesto, la inhabilitación para reingresar al Servicio Exterior o el desempeño de cualquier otro cargo en el mismo.

Ahora bien, para el caso de los trabajadores asimilados al Servicio Exterior, si bien se encuentran obligados en los mismos términos que el personal de carrera, sin embargo, la propia norma, dispone que las dependencias o entidades solicitantes, son las únicas responsables de los actos de sus representantes, lo anterior, según se advierte del contenido del artículo 80, de la citada Ley:

ARTÍCULO 8.- El personal asimilado se compone de funcionarios y agregados a misiones diplomáticas y representaciones consulares, cuyo nombramiento haya sido gestionado por otra dependencia o entidad de la Administración Pública Federal u otra autoridad competente, con cargo a su propio presupuesto. Cuando la Secretaría considere procedente la solicitud dicho personal será acreditado con el rango que ésta determine y su asimilación al Servicio Exterior tendrá efectos sólo durante el tiempo que dure la comisión que se le ha conferido.

El personal asimilado estará sujeto a las mismas obligaciones que los miembros del personal de carrera del Servicio Exterior y las dependencias o entidades que hayan solicitado su asimilación serán las únicas responsables de los actos realizados por sus representantes.

Asimismo, estará comisionado en el extranjero bajo la autoridad del jefe de la misión diplomática o representación consular correspondiente, a quien deberá informar de sus actividades y atender las recomendaciones que formule sobre sus gestiones, especialmente por lo que se refiere a las políticas generales y las prácticas diplomáticas o consulares...

Ejemplo de lo anterior, es el tercer párrafo del referido artículo 104, del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual establece que los Agregados, Agregados adjuntos, asistentes legales y asistentes administrativos, serán designados y removidos, en términos del artículo 19, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es decir libremente por el Procurador General de la República, por lo que, es dable concluir que dichos trabajadores no cuentan con el derecho a la estabilidad en el empleo, como sigue:

Artículo 19.- Los coordinadores, titulares de unidad y de órganos desconcentrados, directores generales, delegados y agregados deberán reunir los requisitos que se establezcan en el reglamento de esta ley y demás disposiciones aplicables, y serán designados y removidos libremente por el Procurador General de la República.

Por lo anterior, si bien los trabajadores asimilados al Servicio Exterior, comparten las obligaciones de los miembros de carrera, estos no se someten al procedimiento sancionador administrativo ahí dispuesto, pues la responsabilidad de sus actos recae únicamente en la dependencia o entidad de la Administración Pública Federal que los designe, de acuerdo con lo que dispone la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

10. Derechos procesales de los Trabajadores del Servicio Exterior Mexicano

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su desarrollo interpretativo, consideró, en un criterio aislado, que si bien generalmente en los procesos que pueden acarrear sanciones de carácter privativo, como es el caso de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, se requiere la presencia del afectado ante el juzgador, sin embargo, en el procedimiento disciplinario previsto en la Ley del Servicio Exterior Mexicano, consideró que la mayoría de los funcionarios laboran fuera del territorio nacional, por lo que ponderó la existencia de un interés estatal objetivo y relevante, que consiste en evitar los traslados y el tiempo necesario para el desahogo del referido procedimiento, que constituyen un perjuicio al servicio exterior, es decir, consideró como medida constitucionalmente legítima y proporcional, preservar la no interrupción o entorpecimiento del ejercicio de la acción estatal y el desempeño de la

función pública, sobre el derecho a una defensa adecuada, por lo que consideró que el inicio y desarrollo del procedimiento sancionador no requiere la presencia del afectado, lo anterior es así, en términos de la tesis (tesis 1a. CCXVII/2012 (10a.)), de rubro: “SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. EL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA DE SUS MIEMBROS POR PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, NO REQUIERE LA COMPARECENCIA FÍSICA DEL AFECTADO ANTE LA AUTORIDAD JUZGADORA”.

Contrario al criterio anterior, la referida Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que la defensa adecuada, sujeta a un proceso, consiste en:

1. tener a un representante de su elección que pueda apersonarse en cualquier momento en el procedimiento directamente, imponerse del mismo y realizar cualquier tipo de promoción, y
2. acceder a todas las actuaciones, documentos y pruebas que obran en el expediente.

De tal suerte que el procedimiento que contempla el artículo 60, de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, únicamente permite la participación del presunto responsable por vía de una respuesta escrita que se hace en una sola oportunidad, de ahí que el curso que toma el procedimiento después de que el afectado presenta su escrito escapa de su conocimiento, ya que, aun y cuando puede contar con un representante legal en el territorio nacional, este hecho se ha considerado insuficiente para que se actualice una representación efectiva, lo anterior, se advierte en la (tesis 1a. CCXIX/2012 (10a.)) de rubro:

SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY RELATIVA, ES VIOLATORIO DEL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA, AL IMPEDIR QUE EL AFECTADO TENGA UNA REPRESENTACIÓN EFECTIVA Y ACCESO A TODA LA INFORMACIÓN QUE OBRA EN EL EXPEDIENTE.

En el mismo sentido, la Primera Sala, reiteró que el artículo 60 de la ley del Servicio Exterior Mexicano es violatoria del derecho a una defensa

adecuada, ya que en la etapa probatoria, las partes tienen supeditado su derecho a que exista un término probatorio, al ofrecimiento de distintos medios de prueba, a que le sea informado el pronunciamiento que se emita respecto de su admisión o desechamiento, así como, a su desahogo en una audiencia en la cual las partes puedan objetar y alegar respecto de cada una de ellas; sin embargo, el procedimiento administrativo en comento al prever un proceso sumario, que no cuenta con las etapas claramente identificadas, ni permite conocer al procesado sobre el inicio y término de cada una de ellas, restringe en su perjuicio la posibilidad de presentar su escrito de alegatos violentando con ello el derecho de alegar, por ende, a una defensa adecuada; lo anterior siguiendo lo dispuesto por la (tesis 1a. CCXXI/2012 (10a.)), de rubro:

SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY RELATIVA, ES VIOLATORIO DEL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA, AL NO PERMITIR QUE EL AFECTADO HAGA VALER ALEGATOS UNA VEZ FINALIZADA LA ETAPA PROBATORIA.

Finalmente, la referida Sala, reitera que el procedimiento de responsabilidad administrativa previsto en la ley migratoria, es violatorio del derecho de defensa adecuada, toda vez que los procesados, al encontrarse en otras latitudes en el desempeño de su encomienda, no tienen a su alcance todos los elementos probatorios indispensables para su defensa, por lo que el plazo de quince días hábiles previsto en la referida norma, resultan insuficientes, toda vez que éste no es un plazo razonable para que el probable responsable cuente con una defensa óptima, aún y cuando dicho plazo pudiera duplicarse por quince días más; según lo establece la tesis (tesis 1a. CCXX/2012 (10a.)), de rubro:

SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY RELATIVA, NO OTORGA AL AFECTADO UN PLAZO RAZONABLE PARA FORMULAR SU CONTESTACIÓN Y OFRECER SUS PRUEBAS, POR LO QUE ES VIOLATORIO DEL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA.

De lo anterior es posible concluir que en el ejercicio interpretativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo referente al

procedimiento de responsabilidad administrativa, que existen al menos dos criterios, en el primero de ellos, nuestro máximo tribunal, realiza un ejercicio de ponderación entre el derecho a una a defensa adecuada y la no interrupción o entorpecimiento del ejercicio de la acción estatal, prevaleciendo para ésta, el desempeño de la función pública; por otro lado, diversos criterios que concuerdan entre sí, sostienen que el procedimiento sancionador en comento, previsto en la Ley del Servicio Exterior Mexicano, viola el derecho de defensa adecuada, por las razones aquí expuestas, criterio que compartimos, toda vez que la dimensión procesal del derecho a la justicia es precisamente el derecho de acción que corresponde a los gobernados para exigir del Estado, una participación igualitaria ante los Tribunales, en los que se preserven de manera preponderante las formalidades esenciales del procedimiento.

11. Conclusiones

A partir de las reflexiones propuestas en el presente trabajo, nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

El derecho laboral burocrático se erige como disciplina autónoma del derecho laboral; derivado del cumulo de derechos constitucionales en que encuentra sustento, atiende a una composición compleja, que tiene por objeto, regular las relaciones existentes entre el Estado y los trabajadores a su servicio, así como los derechos y obligaciones que surgen de tales relaciones.

El multicitado apartado B, del artículo 123, de la Norma Fundamental, es el marco referente al que se ciñen, las relaciones de índole laboral burocrática, esta disciplina del Derecho Social, regula las relaciones del Estado y sus trabajadores, bajo principios, fines y condiciones diversas a los de otras ramas del saber jurídico, debido a que contiene particularidades que requieren de un especial análisis para su comprensión.

El Derecho Burocrático en el sistema jurídico mexicano, en la actualidad, sigue la corriente *Relacionista*, ya que la calidad de trabajador al servicio del Estado, se adquiere únicamente mediante la expedición de un nombramiento, o bien, por la inclusión en las listas de raya, por lo que no puede ser presumible el nombramiento o bien la calidad de trabajador al servicio del Estado, como sí sucede en el derecho laboral privado.

El vínculo que une al Estado con los servidores que prestan sus servicios para éste, atiende a una naturaleza específica, que generalmente nace con la expedición de un nombramiento, mediante un acto meramente administrativo o mandamiento de naturaleza imperativa del Estado, como generadora de la relación (acto condición); en la que se contienen, elementos mínimos, a saber: tipo de puesto o cargo, obligaciones y derechos, la forma de su desempeño, la temporalidad de sus funciones y el presupuesto del que pende su permanencia como servidor público, es decir, mediante la existencia de una plaza presupuestalmente prevista.

Es posible establecer como regla general en la materia Burocrática, que cuando sea necesario determinar si un trabajador al servicio del Estado, es de confianza o de base, deberá atenderse al análisis previo de los siguientes rubros: la naturaleza de sus funciones, la situación real en que se encontraba y la temporalidad de sus contratos.

Los trabajadores al servicio de la Administración Pública Federal, que tienen encomendada la representación y ejecución de la política exterior de México, poseen por ese simple hecho, una condición migratoria legal.

El desarrollo interpretativo que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identifica como regla general, a las relaciones entre miembros de la Administración Pública Federal y el Estado patrón, como equiparables a las laborales, sin embargo de manera excepcional, las relaciones entre los miembros del Servicio Exterior, mantienen una naturaleza administrativa y se rigen por la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

Atendiendo a esta misma naturaleza administrativa, Tribunales Colegiados de Circuito, emitieron una tesis aislada, en la que se declaró la incompetencia del TFCA, para conocer de los asuntos concernientes al personal del Servicio Exterior Mexicano, bajo el argumento, de que la relación laboral entre éste y su personal, se rige por sus propias leyes, en el entendido de que es el cuerpo permanente de funcionarios del Estado, encargado de representarlo en el extranjero y responsable de la política exterior de México, dependiente del Ejecutivo Federal, a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el mismo criterio que defiende la naturaleza administrativa de los trabajadores del Servicio Exterior Mexicano, remite la competencia por

afinidad al Tribunal Fiscal de la Federación, ya que como se mencionó con anterioridad, por disposición constitucional, este sector, se rige por sus propias leyes, sin embargo, su reglamento no establece, cuál es el órgano competente para conocer de los conflictos derivados de la prestación de sus servicios, por lo que se consideró como órgano competente al entonces Tribunal Fiscal de la Federación, actualmente denominado Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en términos del artículo 73, fracción XXIX-H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A fin de mantener congruencia normativa en el sistema jurídico mexicano, los trabajadores de la Administración Pública Federal, que laboran en una agregaduría, son asimiladas al Servicio Exterior, por lo que se encuentran sujetos a las mismas obligaciones que los miembros del personal de carrera, de ahí que, tanto el funcionario como sus familiares, gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción territorial, conforme al principio de reciprocidad internacional.

Por lo anterior, si bien los trabajadores asimilados al Servicio Exterior, comparten las obligaciones de los miembros de carrera, estos no se someten al procedimiento sancionador administrativo previsto en la ley de la materia, pues la responsabilidad de sus actos recae en la dependencia o la entidad de la Administración Pública Federal que los designe.

Finalmente, cabe señalar, en relación al ejercicio interpretativo que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del procedimiento de responsabilidad administrativa, es posible identificar al menos dos criterios, en el primero de ellos, nuestro máximo tribunal, realiza un ejercicio de ponderación entre el derecho a una a defensa adecuada y la no interrupción o entorpecimiento del ejercicio de la acción estatal, prevaleciendo para éste, el desempeño de la función pública; por otro lado, diversos criterios coinciden en que el procedimiento sancionador previsto en la Ley del Servicio Exterior Mexicano, viola el derecho de defensa adecuada, por las razones aquí expuestas, criterio que compartimos, toda vez que la dimensión procesal del derecho a la justicia es precisamente el derecho de acción que corresponde a los gobernados para exigir del Estado, una participación igualitaria ante los Tribunales, en los que deben preservarse de manera preponderante las formalidades esenciales del procedimiento.

12. Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel. (2002). *Derecho Burocrático Mexicano*. México: Porrúa.
- ALPUCHE MARRUFO, José Atanacio. (2014). *Trabajadores burócratas de confianza y el derecho de sindicación*. México: Porrúa.
- BOLAÑOS LINARES, Rigel. (2010). *Derecho Laboral Burocrático*. México: Porrúa. Cantón Moller Miguel. (1998). *Derecho del trabajo burocrático*. México: PAC.
- DE LA CUEVA, Mario. (2015). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa. Morales Paulín Carlos. (1999). *Derecho Burocrático*. México: Porrúa.
- DE LA FLOR PATIÑO y. Imanol. (2014). ¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes *centroamericanos en México*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3649/1.pdf>
- LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO. (2013). *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3370/1.pdf>
- QUINTANA, Carlos F. (2013). *Consideraciones sobre la autonomía del Derecho Burocrático en México, El Derecho Laboral Burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, Ensayos temáticos 1963-2013*. México: Secretaría de Gobernación.
- REYNOSO CASTILLO, Carlos. (1999). *Curso de Derecho Burocrático*. México: Porrúa.

Organización internacional para las migraciones, “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>(consultada el 27 de octubre de 2017).

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos “Lostérminos-clavedemigración”, <https://www.iom.int/es/los-terminos-clave-de-migracion>.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano (1984). México: Porrúa-UNAM. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917>



MIGRACIÓN LABORAL, UNA PERSPECTIVA JURÍDICA: EL CASO DE COLOMBIA¹

DR. CAMILO PIEDRAHITA VARGAS

Decano Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT Colombia

Resumen

Este trabajo tiene como finalidad analizar el fenómeno de la migración laboral desde una perspectiva jurídica en el caso de Colombia, partiendo del marco jurídico internacional aplicable en dicho país como parte del sistema de derechos humanos y de la Organización internacional del trabajo; posteriormente, las normas comunitarias de la Comunidad Andina de Naciones para finalmente analizar la normativa constitucional y legal doméstica sobre la materia y una descripción del fenómeno migratorio por parte de ciudadanos venezolanos hacia Colombia producto de la actual crisis política, económica y social que enfrenta dicho país.

Palabras clave

Migración laboral/Colombia/ Venezuela

¹ Camilo Piedrahita Vargas. Decano Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT Colombia. Abogado Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Económico Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Latinoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – ILTRASS y de CIELO Laboral. Profesor Asociado y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Colombia. cpiedra8@eafit.edu.co. Carrera 49 # 7 sur 50, Medellín.

INTRODUCCIÓN

Cerca de 192 millones de personas viven hoy fuera de su país de origen, esto corresponde a cerca del 3% de la población mundial. Entre 1965 y 1990 el número de migrantes aumentó en 45 millones a una tasa de crecimiento anual del 2.1%. Hoy esa tasa asciende al 2.9%².

Durante mucho tiempo los efectos de la globalización sobre los trabajadores fueron ignorados. No obstante, cualquier decisión o política que se adopte debe partir de que la globalización es un hecho, independientemente de que se esté o no de acuerdo con dicho fenómeno. Adicionalmente, que la globalización le ha hecho mucho bien al mundo: según *Mc Kinsey Global Institute*, “los flujos globales de bienes, servicios, capital financiero, datos y personas acrecentaron el PIB mundial más de un 10% (unos 7.8 billones de dólares sólo en 2014) respecto de lo que hubiera sido de permanecer cerradas las economías”³.

Aunque la globalización redujo la desigualdad entre países, empeoró la desigualdad dentro de ellos. Entre 1998 y 2008, los ingresos de la clase media en las economías avanzadas se estancó, mientras que los ingresos de las clases más favorecidas crecieron en cerca de un 70%⁴. Al respecto, Collier, citado por Bauman expresa: “El primer hecho es que la brecha salarial entre los países pobres y los ricos es brutalmente amplia y que el proceso de crecimiento global la mantendrá así durante varias décadas. El segundo es que la inmigración no hará menguar significativamente esta brecha, porque los mecanismos de retroalimentación son demasiado débiles. El tercero es que mientras la inmigración continúe, las diásporas seguirán acumulándose durante varias décadas. Así pues, la brecha salarial persistirá, mientras que el facilitador de la inmigración aumentará. Como consecuencia, la emigración desde los países pobres a los ricos está abocada a acelerarse”⁵.

En América latina, al igual que en Europa, la ciudadanía fue definida en función de la propiedad y la pertenencia al grupo social dominante.

² Organización Internacional de Migraciones.

³ Laura Tyson y Susan Lund. *Project Syndicate*, Adaptarse a la nueva globalización.

<https://www.project-syndicate.org/commentary/digital-globalization-policy-response-by-laura-tyson-and-susan-lund-2017-02/spanish?barrier=accessreg> (consultada el 15 de septiembre de 2017).

⁴ *Ibid*

⁵ Zygmunt Bauman, *Extraños llamando a la puerta*. (Bogotá: Planeta Colombiana, 2016), 13-14.

En el discurso fundacional de los Estados, la exclusión de los indígenas, negros y mujeres fue radical (rodas 21). En la era de la globalización la exclusión se profundiza aún más. El orden de la civilización global codifica tres clases de personas: a) ganadores, b) perdedores, c) incompetentes y superfluos. En este último grupo se ubican las personas sin seguro social como los extranjeros sin visa ni permiso de trabajo⁶.

Pertenece este grupo al reino de la barbarie, a lo que Bauman llama territorios des-territorializados en los cuales el uso de la violencia del capital global se aplica en su contra sin ningún límite⁷.

Indudablemente los contextos de crisis económica y financiera aumentan el peligro de la exclusión social debido a la aparición de nuevas manifestaciones de pobreza, nuevos colectivos de trabajadores vulnerables lo cual genera situaciones de discriminación directa e indirecta en las relaciones laborales. Este riesgo aumenta cuando los trabajadores afectados no tienen un perfil profesional cualificado y más cuando se suman otras causas de discriminación como su condición de migrante, entre otras⁸.

Este trabajo tiene como finalidad analizar el fenómeno de la migración laboral desde una perspectiva jurídica en el caso de Colombia, partiendo del marco jurídico internacional aplicable en dicho país como parte del sistema de derechos humanos y de la Organización internacional del trabajo; posteriormente, las normas comunitarias de la Comunidad Andina de Naciones para finalmente analizar la normativa constitucional y legal doméstica sobre la materia y una descripción del fenómeno migratorio por parte de ciudadanos venezolanos hacia Colombia producto de la actual crisis política, económica y social que enfrenta dicho país.

1. Marco jurídico internacional

1.1 Los Derechos Humanos

Cualquier discusión jurídica sobre la migración laboral debe partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Colombia hace

⁶ Francisco Cortés Rodas. Globalización, justicia y exclusión, Escuela Nacional Sindical. <http://www.ens.org.co/lee-y-aprende/lee-y-descarga-nuestras-publicaciones/globalizacion/globalizacion-justicia-exclusion/> (consultado el 1 de septiembre de 2017).

⁷ *Ibid.*

⁸ Eduardo López Ahumada, "Trabajo decente y globalización en Latinoamérica," *Documentos de Trabajo IELAT* 98 (mayo 2017): 9.

parte de la Organización de Naciones Unidas desde 1945 y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en ese orden de ideas, el marco de referencia se establece en el artículo 13 de la citada declaración:

“(1) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

(2) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Adicionalmente en el artículo 23:

“(1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

(2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

(3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

(4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

Así las cosas “el derecho a migrar, al igual que el derecho a trabajar, no son derechos ni otorgados ni denegados por algún Estado a sus ciudadanos de manera absoluta y soberana sino en esencia son derechos humanos inherentes a la propia persona humana como tal (...) al menos en teoría los países del planeta no podrían válidamente prohibir ni impedir las migraciones humanas (...) regularlas sí que pueden, pero deberían hacerlo con objetividad y sobre todo con un gran sentido humanitario⁹”.

Colombia ratificó la convención internacional de protección a trabajadores migrantes y sus familias del año 1990. Este instrumento pretende reconocer y proteger los derechos humanos a todos los trabajadores migrantes y sus familias.

⁹ Ángel Guillermo Ruiz, “El derecho humano al trabajo de los migrantes,” *Estudios Latinoamericanos de relaciones laborales y protección social* 1 (2016): 31 -44.

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política (en adelante C.P.): “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Finalmente, el artículo 94 de dicha Carta, reza: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

1.2. Convenios y Recomendaciones de la OIT

Colombia es miembro de la OIT desde el año 1919. Según la Declaración de Filadelfia de 1944, Carta Constitutiva de dicha organización: “Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Queda entonces desde allí explícito el interés de la Organización de proteger los derechos de los trabajadores, independientemente de su raza o nacionalidad.

Debe tenerse en cuenta que los tratados o convenios internacionales que versen sobre Derechos Humanos (entre los cuales podrían estar los Convenios de la OIT), una vez ratificados, prevalecen en el orden jurídico interno, esto es, hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad y por ende tienen rango de normas constitucionales, artículo 93 de la Constitución Política.

Adicionalmente, los convenios internacionales sobre trabajo, que no versen sobre derechos humanos, una vez sean ratificados, hacen parte del orden legal interno (art. 53 C.P).

Colombia ratificó el Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en el empleo y la ocupación, en el cual se define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión opinión política ascendencia nacional u origen social

que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Debe tenerse en cuenta que la OIT “ha prestado especial atención a la supresión de las discriminaciones de naturaleza estructural, que están presentes en los ordenamientos jurídicos y en las prácticas judiciales y administrativas de los Estados. Este tipo de discriminaciones perpetúan las situaciones e impiden la promoción del trabajo digno para los trabajadores. Dichas prácticas discriminatorias se parecían sobre todo en países de economías emergentes o en vías de desarrollo y se refieren especialmente al tratamiento de minorías étnicas o extranjeros¹⁰”.

No obstante, Colombia no ha ratificado los Convenios 97 y 143 de dicha organización relativos a trabajadores migrantes.

Por último, las Recomendaciones 151 y 198 de la Conferencia Internacional de la OIT invitan a los países miembros de la OIT, especialmente a aquéllos que ratificaron los Convenios 97 y 143 sobre trabajadores migrantes a establecer sistemas que permitan la igualdad de oportunidades de empleo y de trato para este tipo de trabajadores, la formulación de una política social que evite el rechazo de este tipo de trabajadores e incluso que puedan acceder a subsidios de desempleo en caso de quedar en esta situación.

Debe anotarse que la Corte Constitucional Colombiana, al pronunciarse sobre el carácter vinculante de las Recomendaciones de la OIT, ha mantenido desde el año 1999 una jurisprudencia sostenida bajo la cual, solo se otorga carácter vinculante a aquéllas que provengan de los órganos de Control de dicha entidad por quejas o investigaciones de oficio por violaciones a Convenios ratificados que culminen con un pronunciamiento específico respecto del país investigado. Así quedó consagrado en la sentencia T – 568:

“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la

¹⁰ Eduardo López Ahumada, “Trabajo decente y globalización en Latinoamérica,” *Documentos de Trabajo IELAT* 98 (mayo 2017): 14..

presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares”.

En ese orden de ideas, las mencionadas recomendaciones 151 y 198 no tendrían carácter vinculante alguno, pues se trata de instrumentos genéricos por medio de los cuales la OIT da pistas a los países ratificadores de las formas como debe dar cumplimiento a los convenios, menos aun cuando Colombia no ha ratificado los convenios que dan origen a las recomendaciones citadas.

1.3. Marco Andino de Migración Laboral

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es un ejercicio de integración y un “espacio de gobernanza regional conformada el 26 de mayo de 1969 con la suscripción del acuerdo de Cartagena¹¹” entre Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú. Chile se retiró en 1976 y Venezuela 30 años después.

Dicha decisión se aplica a los trabajadores andinos, excluyendo solo a los empleos en la administración pública y actividades contrarias al orden público.

La Decisión 545 de 2003 de dicha entidad, adopta el Instrumento Andino de Migración Laboral, del cual pueden rescatarse los siguientes asuntos principales:

Se clasifican los trabajadores migrantes en: trabajador con desplazamiento individual; trabajador de empresa; trabajador de temporada y trabajador fronterizo.

Se establecen las siguientes disposiciones comunes a todos los trabajadores migrantes:

- Se promueve ve el ingreso y permanencia formal de los trabajadores migrantes, bajo la coordinación entre los organismos nacionales competentes de cada país miembro y con observancia de la legislación comunitaria.

¹¹ Iván Daniel Jaramillo. *Derecho del trabajo en el posfordismo. El proyecto de regulación universal en la globalización económica* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2015), 190.

- Se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos, especialmente en cuanto a acceso a la justicia, la seguridad social y las prestaciones sociales.
- Se garantiza el derecho a la sindicalización y negociación colectiva, de conformidad con la legislación nacional de cada país miembro.
- Se invita a los países miembros a adoptar las medidas apropiadas para proteger a la familia del trabajador migrante, especialmente en lo relativo a la libre movilidad para la entrada y salida del trabajador migrante y de su cónyuge o similar, hijos menores de edad no emancipados, y de los mayores solteros en condición de discapacidad, ascendientes y dependientes.
- Se garantiza la libertad de transferencia de los fondos producto del trabajo de los trabajadores migrantes, así como la tributación en un solo país, especialmente a título de obligación alimentaria.

Finalmente, los países se reservan una cláusula de salvaguardia que les permite establecer una excepción temporal de hasta seis meses al principio de igualdad de acceso al empleo (para los migrantes) en caso de perturbación que afecte gravemente la situación del empleo en determinada zona geográfica o en determinado sector económico, capaz de provocar un perjuicio efectivo o un riesgo en el nivel de vida de la población del país.

1.4. Convenios bilaterales

Colombia ha suscrito algunos convenios (acuerdos) bilaterales para asuntos migratorios laborales, predominantemente sobre seguridad social con los siguientes países:

España: Convenio de seguridad social entre el Reino de España y la República de Colombia. Ratificado por la ley 1112 de 2006 entrado en vigencia el 1 de marzo de 2008.

Chile: Convenio de seguridad social entre la República de Colombia y la de Chile. Ratificado por la ley 1139 de 2003, no ha entrado en vigencia.

Uruguay: Convenio de seguridad social entre la República de Colombia y la Oriental de Uruguay. Ratificado por la ley 826 de 2003, vigencia desde el 1° de octubre de 2005.

Argentina: Acuerdo Administrativo de seguridad social entre la República de Colombia y la de Argentina. Adoptado por la Resolución 671 de 2008, no ha entrado en vigencia desde 9 de junio de 2008.

Ecuador: Convenio entre el ISS (Instituto de los Seguros Sociales) de Colombia y el Instituto Nacional de Previsión del Ecuador, vigente desde el 19 de abril de 1968.

2. Normatividad doméstica

A pesar de no haber ratificado los convenios relativos al trabajo migrante de la OIT, Colombia si adoptó la Convención internacional de los trabajadores migrantes y sus familias y el Convenio 111 de la OIT; adicionalmente la Constitución Política establece en su artículo 100:

“Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

Adicionalmente el artículo 13 de la CP establece:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

De lo anterior se desprende el trato igualitario que reciben los trabajadores migrantes en materia de derechos laborales al trabajar de manera legal en Colombia.

3. El caso de Venezuela¹²

La situación política, económica y social de Venezuela ha desencadenado un auge migratorio con Colombia, a continuación, algunos datos al respecto.

Entre 2015 y 2017, Colombia ha otorgado más de 17.000 visas a ciudadanos venezolanos, ocupando este colectivo el primer lugar en número, seguidos por China, Estados Unidos, España y México.

Desde el año 2016 Colombia estableció la tarjeta de movilidad fronteriza o permiso especial de permanencia para agilizar y tener control frente a la migración de venezolanos. Ha entregado cerca de 600.000 de estos documentos que les permite ingresar legalmente al país (y trabajar) por 90 días, prorrogables hasta por dos años en total.

Cada día, cerca de 36.000 venezolanos entran legalmente a Colombia, pero solo 34.000 salen. Un 52% de los que ingresan lo hacen para abastecerse; un 17% por motivos familiares y un 14% por trabajo.

Durante 2017, al menos 70.000 venezolanos han ingresado formalmente al país y están en los primeros 90 días de permanencia. Ciento sesenta y seis mil más ya superaron los 90 días y al menos 140.000 entraron irregularmente.

Conclusiones

Las normas internacionales y comunitarias sobre trabajo migrante que han sido ratificadas por Colombia y de esta forma, integradas a su ordenamiento jurídico, así como las normas constitucionales y legales internas, garantizan a los trabajadores migrantes formalmente asentados en el territorio de Colombia, un trato igualitario.

¹² “El impacto del éxodo de venezolanos” *Revista Semana* N° 1840, agosto 2017, 20.

A pesar del respeto por la autonomía de cada país en materia migratoria, y de las reservas establecidas en los instrumentos internacionales y domésticos, el país ha procurado cumplir con el postulado de igualdad, especialmente en el caso de Venezuela, fenómeno ante el cual ha establecido los mecanismos necesarios para la movilidad ágil y formal de sus vecinos.

Bibliografía

- BAUMAN, Zygmunt. *Extraños llamando a la puerta*. Bogotá: Planeta Colombiana..
- JARAMILLO, Iván Daniel. *Derecho del trabajo en el posfordismo. El proyecto de regulación universal en la globalización económica*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015.
- LÓPEZ AHUMADA, Eduardo, “Trabajo decente y globalización el Latinoamérica,” *Documentos de Trabajo IELAT* 98, 2017, 5-36.
- RUIZ, Ángel Guillermo. “El derecho humano al trabajo de los migrantes”. *Estudios Latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, volumen 1, número 1, 2016, 31 - 44.
- 2017, “El impacto del éxodo de venezolanos” *Revista Semana* N° 1840, agosto.
- Escuela Nacional Sindical, Globalización, justicia y exclusión, <http://www.ens.org.co/lee-y-aprende/lee-y-descarga-nuestras-publicaciones/globalizacion/globalizacion-justicia-exclusion/>(consultado el 1 de septiembre de 2017)
- Project Syndicate, Adaptarse a la nueva globalización, <https://www.project-syndicate.org/commentary/digital-globalization-policy-response-by-laura-tyson-and-susan-lund-2017-02/spanish?barrier=accessreg>(consultada el 15 de septiembre de 2017)



MIGRACIÓN, LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y FACTOR RELIGIOSO EN EUROPA

DR. SANTIAGO CATALÁ
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción

El español universal, pensador y filósofo, José Ortega y Gasset, en el prólogo para alemanes de su libro *El tema de nuestro tiempo* escribió: “No es, sin más ni más, la tierra la quien hace al hombre, sino el hombre quien elige *su* tierra, es decir, su paisaje, aquel pedazo de planeta donde encuentra simbólicamente preformado su ideal o proyecto de vida. Se olvida que el hombre es un animal trashumante, que hay en él siempre una potencia migratoria”¹.

Desde los albores de la Humanidad, el hombre ha sido, efectivamente, viajero, explorador, trashumante; unas veces porque las enfermedades, el clima, el alimento, las guerras, los fuegos, las sequías o, simplemente, el enemigo, obligaba a escapar de determinadas situaciones; otras, por el contrario, era el afán de descubrimiento de otros paisajes, el deseo de lograr una nueva vida, o -simplemente- dar rienda suelta a ese afán

¹ El tema de nuestro tiempo, ed. Alianza Editorial, Madrid, 4ª reimpresión, 2006, p. 65.

de salir de su entorno, de ver, de vivir nuevas experiencias, gozar de la aventura².

Desde aquellos primeros instantes en los que podríamos decir que el hombre es hombre, hasta hoy en día, el viaje, el desplazamiento, la reubicación, han sido constantes en todo el orbe, también en la vieja Europa.

En el contexto en que se publica esta colaboración, existen tres vectores dentro de los cuales forzosamente he de desenvolverme: de un lado, la migración; de otro, el ámbito laboral y, por último, el contexto religioso o confesional³.

Los tres límites materiales, al operar uno junto al otro, constriñen el campo de investigación y, a la vez, fuerzan a quien escribe a realizar alguna escaramuza sobre territorios cercanos o afines para, de ese modo, completar el estudio.

Me estoy refiriendo con ello a la casi necesidad de utilizar un método flexible, que abarque realidades cercanas, conexas, asimilables..., para poder incluir en la fenomenología del caso otros supuestos no estrictamente encajables en el objeto de estudio pero en los que cabe realizar determinados paralelismos; ello posibilita adoptar o tener en cuenta diferentes criterios de aplicación de las normas que puedan ser útiles para el jurista, pues eso es, en definitiva, lo que cabe perseguir como meta en este tipo de investigaciones.

Pondré un ejemplo que ha de servir para que se entienda bien lo que quiero adelantar al lector. Si, hablando de circulación, me constriño al tratar la migración en el ámbito internacional, transfronterizo, habré dejado en la cuneta algunos casos que son de indudable interés pero que se han desarrollado en el propio territorio nacional; por lo mismo, si a una persona se le prohíbe la entrada en un país o un permiso de trabajo,

² Bien visto, el Quijote de la Mancha, entre muchísimas otras cosas, es un libro de viajes, un libro de aventuras en el que resulta preciso salir de casa para poder vivirlas. Cervantes retrata con ella ese perfil humano tan característico desde la más temprana antigüedad. Los arqueólogos, en esta misma línea, han descubierto el gran afán viajero de todos los pueblos primitivos desde los mismos albores de la Humanidad.

³ Afortunadamente, existen numerosos trabajos que abordan las materias conexas entre libertad religiosa y relaciones laborales, menos los que confluyen a la vez con la libertad de circulación. Entre los primeros me permito destacar, por su interés, las obras de Marcos González, *Jurisprudencia sobre el derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, (Granada, Comares, 2017) y José Eduardo López Ahumada, "La libertad religiosa en las relaciones laborales: factores de litigiosidad y supuestos conflictivos en clave contractual", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVIII (2012) 335-395.

o se le expulsa, aunque pudiera no haber migración propiamente dicha, dejaría -en parte- huérfana la materia que abordo.

Por lo mismo, en el tratamiento del trabajador o de la empresa, por excludo, por ejemplo, a los ministros de culto por no ser estrictamente trabajadores por cuenta ajena asimilables a los operarios de que tratan los Estatutos de los Trabajadores, o -en otro caso- a las Confesiones religiosas, por no encajar exactamente en el concepto “empresa”, eliminaría parte del relieve y del color que el tema ofrece, dando como resultado una imagen empobrecida y completamente distorsionada del tema abordado.

No debemos olvidar que gracias a la autonomía de la que gozan las Confesiones religiosas pero, también y de forma muy especial, gracias al estatuto jurídico que les proporciona la adquisición de la personalidad jurídica y de la capacidad de obrar, las Iglesias, Comunidades y otros grupos religiosos pueden operar en la esfera del Derecho privado y tener relaciones jurídicas igualmente con el sector público. Ellas pueden crear Universidades, colegios, hospitales, pero también medios de comunicación, fábricas, entidades de crédito y, aunque para ello hayan de someterse al ordenamiento jurídico del Estado, en estos supuestos nos encontraremos ante verdaderas empresas con verdaderos trabajadores; empresas que podrán ser consideradas “de tendencia” pero empresas al fin y al cabo que constituirán relaciones laborales plenamente sometido a las normas propias que las regulan⁴.

Hechas estas prevenciones preliminares, la materia obliga a estudiar, en primer lugar, la normativa que regula el derecho a la libertad de circulación a nivel europeo para, a continuación, examinar algunos aspectos relacionados con los derechos de los trabajadores dentro, como es lógico, del ámbito material del factor religioso.

2. La libertad de circulación

El primer documento elaborado por el Consejo de Europa es el Cuarto Protocolo Adicional⁵.

⁴ Sobre esta materia puede verse el libro de Agustín MOTILLA y mío *Empresa, trabajo y factor religioso. El fenómeno religioso en el ámbito laboral y empresarial (Saarbrücken, Alemania, Editorial Académica Española, 2012)*.

⁵ De 16 de septiembre de 1963. Entró en vigor el 2 de mayo de 1968.

Entre los derechos que contiene nos encontramos con la libertad de circulación dentro del país de residencia al que se haya entrado legalmente⁶, el de abandonar el país en el que se vive⁷, la prohibición de expulsión de un ciudadano nacional, o la prohibición de entrar a una persona en su propio país⁸, y, además, las expulsiones colectivas de extranjeros⁹.

Dicho lo anterior, lo importante a los efectos que interesan al jurista es conocer las excepciones a estos derechos pues ellas constituyen límites del *agere licere* del sujeto y, por tanto, conforman, en última instancia, el alcance y contenido del mismo.

El Protocolo señala a estos efectos que las limitaciones deben responder a una necesidad de la seguridad nacional en una sociedad democrática y han de afectar a uno al menos de estos bienes jurídicamente protegibles:

- La seguridad pública.
- El mantenimiento del orden público.
- La prevención de la comisión de delitos.
- La protección de la salud y de la moral.
- A la protección de los derechos y libertades de terceros.

También el séptimo Protocolo¹⁰ aborda la materia pero se centra en aspectos más procedimentales, muy importantes, por cierto, ya que, entre otras cosas, establece las garantías procesales que han de aplicarse en caso de expulsión de extranjeros o, en otro caso, el protocolo duodécimo¹¹, al proscribir toda discriminación, sea por motivos, étnicos, raciales o -también- religiosos.

A esta normativa básica hay que añadir el Tratado de supresión gradual de fronteras interiores, firmado en Schengen en 1985 por Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, al que se unieron países como Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza¹².

⁶ Art. 2.

⁷ Art. 2.

⁸ Art. 3.

⁹ Art. 4.

¹⁰ Aprobado el 22 de noviembre de 1984. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1988.

¹¹ Aprobado el 4 de noviembre de 2000. Entrada en vigor: 1 de abril de 2005.

¹² Un examen más detallado de la materia puede verse en mi trabajo "Limitaciones a la libre circulación de trabajadores de organizaciones religiosas por motivos de orden

Originariamente, la libertad de circulación en Europa tuvo como objeto el ámbito laboral *lato sensu*, es decir, incluyendo en el concepto, a los empresarios, autónomos y profesionales, es decir, no sólo a los trabajadores por cuenta ajena.

Como se ve, la cuestión parece mostrar un interés económico subyacente que justifica ese *status libertatis* en materia circulatoria o, dicho de otro modo, se regula la materia porque interesa a los Estados, al menos a ciertos Estados que precisan de mano de obra o de buenos profesionales.

Este interés económico subyacente es una especie de principio tácito al que hay que sumar otro tal vez más expreso, a saber, el principio de desconfianza. Cuando las normas obligan al inmigrante a demostrar recursos económicos suficientes o solvencia previa a la entrada en el país, una oferta de empleo, etc., parece claro que se pretendía evitar que entraran en territorio nacional personas potencialmente delictivas o que terminarían convirtiéndose en una carga económica para el Estado de acogida.

Por otro lado, el crimen organizado, el terrorismo, la trata de blancas, etc., eran aspectos que debían ser combatidos eficazmente, conscientes de que una legislación demasiado permisiva de los movimientos migratorios podrían generar efectos no deseados.

Con estas políticas legislativas, como puede verse, ciertos países querían aprovecharse de una mano de obra barata que sirviera para atender la demanda empresarial, beneficiarse de los profesionales que enriquecieran el potencial productivo y de servicios del país, de sus empresas y personas, físicas y jurídicas¹³, pero, al mismo, vacunarse contra los riesgos que toda inmigración plantea. A la postre, la inmigración consolida derechos de residencia, nacimientos de nuevos nacionales de raíces extranjeras pero originarios del país receptor, prestaciones sociales, subsidios, pensiones, etc.

público”, en La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral, Agustín MOTILLA, (coord.), (Granada: Comares, 2016), 303 y ss.

¹³ Me estoy refiriendo, claro está, a la libertad de circulación de ingenieros, físicos, matemáticos, investigadores, letrados..., en un afán de enriquecer a los Estados de acogida, generalmente dotados de mayor capacidad presupuestaria y de una industria y unas universidades más boyantes.

No debe extrañar, por tanto, que el Tratado Fundacional de la Unión Europea aborde la materia pero lo haga no sin recelos¹⁴.

En los esquemas de Derecho internacional se establecían tres tipos de residencia que debo destacar:

- La inferior a tres meses de duración.
- La que superaba este tiempo.
- El derecho de residencia permanente.

Aplicando la salvedad que hice al final del apartado introductorio, cuando se habla de libertad de circulación hay que entender también el derecho a permanecer en el país al que se llegó circulando, de lo contrario estaríamos amputando un aspecto esencial de aquel derecho.

Dadas las limitaciones espaciales que existen es imposible adentrarse en cuestiones que impliquen cierta complejidad, como son, por ejemplo, el estatuto de los nacionales de la UE respecto de los súbditos de otros países, las diferencias estatutarias entre el ciudadano y el trabajador¹⁵ o los derechos de terceros países ajenos a la UE que tienen acuerdos de cooperación o asociación con la Unión, en especial, los integrantes del Espacio Económico Europeo.

No hace falta tampoco advertir de la complejidad del tema atendiendo a otras circunstancias de gran importancia e interés, como son el derecho a desplazarse por quienes buscan trabajo, la reagrupación familiar¹⁶ o el concepto de trabajador a efectos legales¹⁷.

Pero las dificultades técnicas aún son mayores pues operan criterios jurídicos importantísimos, como, por ejemplo, la condición de “nacional”

¹⁴ Arts. 45 a 48, ambos inclusive.

¹⁵ Téngase en cuenta las restricciones temporales impuestas por los países en las Actas de Adhesión de nuevos Estados.

¹⁶ Sobre esta materia, véase el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968 (DO L 257, de 19 de octubre de 1968).

Hoy en día alcanzan los derechos por condición de familiares a los consortes y parejas de hecho inscritas o reconocidas como tales por los ordenamientos patrios, los descendientes menores de veintiún años, los ascendientes a su cargo, pero posibilita que el Estado receptor exija disponer de alojamiento adecuado para la familia.

¹⁷ Sobre la condición de trabajador y la negativa a que ésta sea una cuestión cuya definición pueda quedar al criterio de los Estados miembros, véase la sentencia de 19 de marzo de 1964 (as. 75/63. Rec. 1964, p. 29), C. M. K. H. *Unger, épouse R. Hoeksstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*.

de un Estado miembro, o la noción de “orden público”, presupuestos a partir de los cuales son -o no- de aplicación, determinadas normas.

Puestos sobre el tapete algunos de los elementos o variables que han de ser tenidos en cuenta en la búsqueda de soluciones jurídicas *ad casum*, el panorama aún se complica más por la coexistencia de fuentes jurisprudencias diversas y por el mal encaje que siempre han tenido los Tribunales patrios, incluyendo los constitucionales, y los órganos jurisdiccionales del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

Recapitulando, cabría decir que en materia de circulación, los derechos de los extranjeros quedan básicamente resumidos en los siguientes puntos:

- El derecho a entrar en un Estado miembro para responder a ofertas de empleo y a permanecer en él una vez se consiga trabajo.
- El derecho a desplazarse al territorio de un Estado miembro y a permanecer en él durante tres meses sin otros requisitos que ciertas formalidades administrativas exigidas por el Estado receptor.
- Residir en el Estado en el que se desarrolle la actividad laboral.
- Residencia de la familia del trabajador, aunque no sea comunitaria.
- Prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito laboral (subsidios, prestaciones, derechos sindicales, formación..., tanto para los trabajadores como para sus familias).
- Prohibición de establecimiento de cuotas nacionales de empleo.

3. El orden público

En cuanto a la noción de orden público, apuntada más arriba, opera con unos criterios que pretendo resumir a continuación:

- El orden público alcanza conceptos como los de seguridad y salud, pero no quedan fuera otros aspectos que tengan relación con aspectos relacionados con la soberanía y cualquier otro regulado por normas de *ius cogens*.

- La interpretación de dichas normas ha de ser restrictiva, precisamente por su propia naturaleza¹⁸.
- No pueden aplicarse limitaciones a causa de la conducta de terceros, sólo por la del trabajador y sus familiares.
- En lo tocante a la salud, sólo cabrían las restricciones en caso de enfermedades infectocontagiosas graves, atendiendo a las recomendaciones de la OMS.
- Se aplican los criterios de cada país en materia de seguridad y de orden público.

En cuando al derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, regulados en los artículos 49 a 62 del TFUE, afectan a personas físicas, autónomos y empresas, sociedades y demás personas jurídicas, públicas o privadas.

Se exceptúan, sin embargo, las entidades sin ánimo de lucro¹⁹, lo que dejaría fuera a las ONGs y, en lo que a nosotros afecta, a las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas. A nadie se le oculta que esta excepción afecta de modo directo a la libertad religiosa de las personas y de los grupos en que se integra y puede constituir un atentado injustificado al principio de igualdad.

En ésta y en otras materias, he detectado una especie de incultura institucional hacia todo lo religioso. Las confesiones no son empresas como tales, o carecen de dicha consideración por las legislaciones mercantiles de cada Estado, pero contratan empleados. Como he apuntado más arriba, tienen presupuestos, contabilidad, cotizan a la Seguridad Social, desarrollan actividades, incluso comerciales, y pueden crear entes de estructura y naturaleza empresarial, aunque haya -o pueda haber- un fin último religioso o una moral subyacente en dicha actividad.

En reiteradas ocasiones he tenido la oportunidad de señalar que uno de los problemas no resueltos en el mundo y, por tanto, tampoco en el ámbito europeo, es el de la autonomía de las Confesiones religiosas.

¹⁸ Sobre este particular, véase la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964 (D.O. L 56, de 4 de abril de 1964), modificado por las Directivas 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972 y 75/35/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, derogada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

¹⁹ Art. 54 TFUE, *in fine*.

Hay muchos aspectos derivados de ella que se enfrentan en numerosos casos con unos esquemas legislativos y jurisprudenciales complejos por el surgimiento de derechos en liza y situaciones de conflicto, unas veces entre la Iglesia y un ente propio, otras en las que el factor problemático es un miembro de dicha Confesión, otras en sus relaciones con el Estado o determinados organismos públicos; otras provienen de su propia naturaleza, de su propio ordenamiento, de la competencia o incompetencia de los órganos jurisdiccionales para juzgar y aplicar los ordenamientos confesionales..., en suma, una madeja de situaciones jurídicas muy compleja de estudiar y de abordar con la serenidad, audacia y dedicación que el tema exige.

Pues bien, en lo que a nosotros nos afecta, quiero reivindicar ese espacio necesario para atender al hecho religioso con mayor detenimiento a fin de no incurrir en el error de aplicarle un esquema preconcebido que le deje “fuera de juego” en los ámbitos corporativo, económico, laboral o empresarial. Las Confesiones operan como sujetos de derecho privado o, en ciertos Estados, como corporaciones de Derecho público o semipúblico; en todo caso, disponen de total libertad para intervenir en relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, sin que se les pueda aplicar otras restricciones que las que expresamente se establezcan y queden justificadas por razones de tipicidad, orden público, etc.

En otro orden de cosas y volviendo al *iter* expositivo, el derecho de establecimiento queda igualmente amparado para el sector empresarial de modo que es posible instalarse en otros países de la Unión, eso sí, respetando y adaptándose a la legislación interna, de este modo es posible crear filiales, sucursales o agencias de empresas ya existentes²⁰, y, por lo mismo, los profesionales de diferentes ámbitos y especialidades pueden igualmente desplazarse e instalarse para ejercer sus actividades.

Debemos tener en cuenta en estos casos, que la legislación que ha de respetarse a los efectos de aplicación del orden público es la del Estado receptor y que puede acontecer que se prohíban determinadas conductas o comportamientos del ámbito de la moral o del confesional que restrinjan

²⁰ Sobre este tema puede consultarse la Sentencia del TJCE de 25 de junio de 1991 (as. C-221/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* y otros, Rec. 1991, p. I-3905.

tanto la libertad de circulación como la de establecimiento. En el primer supuesto -la moral-, la prohibición de la prostitución, por ejemplo, que queda sometida a la soberanía de cada Estado, puede utilizarse para restringir aquellas libertades; en el segundo -el confesional- sí prohíbe el proselitismo, como acontece en Grecia, afecte igualmente al estatuto jurídico de los extranjeros.

En esos casos, lo que sucederá es que lo que se prohíbe al no nacional y por lo que se le niega las libertades de circulación y establecimiento ha de estar asimismo prohibido a los nacionales.

En España, el RD 240/2007, de 16 de febrero²¹, ha venido a desarrollar la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

A partir, sin embargo, del concepto de ciudadanía europea²², no es posible mantener los viejos conceptos de “país receptor”, “emigrante”, etc. Este nuevo título constituye una verdadera libertad, si se quiere, política, que convierten a todos los nacionales de todos los países de la Unión en ciudadanos comunitarios²³.

No debo concluir este apartado sin referirme a algunas de las más destacadas sentencias dictadas en la materia. Advierto aquí que el criterio utilizado para entresacar de los repertorios jurisprudenciales los casos que citaré ha sido muy personal. Uno de ellos lo protagonizó un ciudadano al que se le prohibió desplazarse dentro del propio país de origen a zonas céntricas de la ciudad; el motivo: ser sospechoso de consumir y poseer drogas, el TEDH no consideró desproporcionada la medida adoptada por las autoridades nacionales²⁴.

Suerte distinta tuvieron dos casos en parte asimilables. El primero trató de la prohibición a la población de desplazarse al norte de la isla de Chipre, lo que quedaba condicionado a una puesta en conocimiento previo a la policía²⁵ o, ya en Italia, la resolución judicial que prohibía a un ciudadano declarado en quiebra alejarse de su lugar de residencia

²¹ Si bien parte de la misma, especialmente en lo referente a la primacía del Derecho comunitario, ha quedado anulada por la STS de 1 de junio de 2010.

²² Art. 21 TFUE y art. 45 de la Carta.

²³ Así MANGAS MARTÍN, Araceli, Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo, 1ª ed., BBVA, Bilbao, 2008, p. 720.

²⁴ C. Oliveira c. Holanda, STEDH de 4 de junio de 2002.

²⁵ STEDH Denizci y otros c. Chipre, de 23 de mayo de 2001.

salvo que obtuviera autorización de los jueces, situación que se prolongó durante catorce larguísimos años^{26,27}

Otros ejemplos pintorescos en torno a la libertad de entrada, circulación y establecimiento han sido por ejemplo, el que sufrió Víctor Manuel de Saboya, heredero de la monarquía italiana, al que la legislación del país prohibía entrar. Interpuso recurso ante el TEDH pero éste no tuvo ocasión de pronunciarse porque una modificación constitucional eliminó el veto, lo que motivó el archivo del procedimiento al desaparecer la *causa litis*.

A Federov Federova se le prohibió la circulación por el propio país (Rusia) al haber sido encausado en un proceso penal; en este caso el Tribunal consideró proporcionada la medida²⁸, lo que contrasta con el protagonizado por Francia, al incautar a un ciudadano el documento de identidad o el pasaporte, pues en este caso considera la alta instancia judicial europea que las autoridades se excedieron en el uso de sus facultades coercitivas²⁹.

También relacionado con el orden público, el TJUE ha considerado razonable la medida de expulsión del país a condenados por tráfico de estupefacientes o por estar integrados en bandas criminales, no así por la comisión de otros delitos que se consideren potencialmente menos lesivos para el interés del Estado³⁰, pero, como señala acertadamente Ascensión Elvira, no cabe alegar razones de orden público para restringir los derechos individuales sino que es preciso, además, sustentarlo en pruebas fehacientes, no en meras especulaciones y ni siquiera, tampoco, en simples informes policiales³¹.

4. El factor religioso

Sin lugar a dudas, cuando se redactó el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es más, cuando se concibió, la libertad de credo ocupó un lugar preeminente.

²⁶ STEDH Luordo c. Italia, de 17 de julio de 2003.

²⁷ En este caso se tuvo en cuenta lo extralimitado de la duración de la medida, como aconteció en la STEDH Hristov c. Bulgaria, de 3 de abril de 2006.

²⁸ STEDH de 13 de octubre de 2005.

²⁹ STEDH c. Baumann c. Francia, de 22 de mayo de 2001.

³⁰ S. de 23 de noviembre de 2010 (c. Tsakourdis).

³¹ “La libertad de circulación y orden público en España”, en *InDret*, n. 2 (2008), p. 15.

La Carta Europea de Derechos Humanos³², más próxima en el tiempo pero, por ello mismo, más alejada del horror del régimen nazi y de las desgracias de la II Guerra Mundial, se limita a contemplar las libertades de pensamiento, conciencia y religión en los mismos términos a como lo hace el Convenio³³. Sin embargo, existen diferencias normativas en cuanto que una aborda los límites a dicha libertad mientras que la otra se ocupa expresamente de la objeción de conciencia³⁴.

Lo peor, probablemente, de la regulación jurídica existente en la materia, es el respeto que se hace al orden interno de los Estados. La creación de un espacio compartido en cuanto a derechos y libertades, queda empañada de este modo por ese respeto a los ordenamientos nacionales, lo que posibilita el mantenimiento de diferencias que, en ocasiones, pueden ser sustanciales.

Si a esto añadimos lo que más arriba señalé en relación al orden público, el jurista percibirá claramente los riesgos existentes *a priori*, lo que puede provocar que situaciones excepcionales se conviertan en legales por las legislaciones europeas y comunitarias³⁵.

Existen, de este modo, dos fuerzas que potencialmente pueden ser antagónicas: por un lado, las legislaciones europea y comunitaria, que pretenden crear espacios compartidos en los que exista un estatuto jurídico de mínimos garantizado a todo ciudadano; por otro, un secular respeto a las legislaciones nacionales, a su noción de orden público e, incluso, a sus propias tradiciones. Dicho con otras palabras, por un lado se pretende garantizar un *status libertatis* y, por otro, se admiten determinadas restricciones al mismo, en este caso procedentes de los Estados parte, algo así como una cosa y la contraria.

Puede sorprendernos que constituciones como la noruega, de 1814, prohibieran el establecimiento de colegios pertenecientes a la Compañía de Jesús o que el ordenamiento jurídico helvético vetara hasta hace no mucho la instalación de instituciones de dicha orden religiosa. Si bien

³² Art. 10.

³³ Art. 9.

³⁴ Dichas diferencias casi son inapreciables por la remisión que hace el artículo 52, apartado 3º de la Carta.

³⁵ Textualmente, la norma cita las “tradiciones constitucionales nacionales y la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia”.

es cierto que dichas restricciones ya han sido levantadas³⁶, puede servir de entrada para advertir al lector de que en estos temas el camino con frecuencia “se empina”, como tendremos ocasión de verificar en las páginas que siguen.

Los aspectos más destacados que se derivan de la libertad religiosa en este contexto a mi juicio son los siguientes:

- 1°.- El reconocimiento de los entes confesionales en cuanto que estructuras dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar.
- 2°.- Las facultades inherentes a la autonomía de la que deben gozar en materias tales como la autoorganización, el autogobierno o la autonormación, de ellas derivan multitud de facultades que los Estados y las organizaciones supranacionales deben respetar.
- 3°.- El estatuto de los ministros de culto y asimilados, creando categorías extrañas a los ordenamientos seculares difícilmente encajables, al menos en algunos casos, en el concepto de trabajador y poniendo en aprietos al operador jurídico cuando se trata de definir lo que es el salario y otros aspectos de la normativa laboral.
- 4°.- La condición de supesestructuras que suelen tener las Iglesias y Confesiones religiosas, rarísimamente circunscritas al territorio de un Estado.
- 5°.- La vocación circulatoria de los mensajes espirituales y, por ende, de las personas que trabajan al servicio de Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas.
- 6°.- La extrañeza o, al menos, la falta de correspondencia entre los principios, nociones, conceptos, naturaleza y esquemas de los grupos religiosos y sus ámbitos operativos y los que tienen los Estados en cuanto que estructuras de gobierno y vocación de servicio a la sociedad, gestionando los más diversos aspectos de la cosa pública.
- 7°.- La multiplicidad de ámbitos en la que es capaz de actuar el fenómeno confesional.

³⁶ En el caso noruego, a partir de la reforma constitucional de 1956, pero inicialmente lo que hizo fue formular una reserva al artículo 9 del CEDH. En el caso suizo, tuvo que modificar su legislación antes de ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- 8°.- La transversalidad de todo lo concerniente a la religión.
- 9°.- La autonomía de la que goza la conciencia del individuo y las libertades individuales que le asisten más allá del credo que profese.
- 10°.-La velocidad de vértigo en el que se producen reformas legales por parte de los Estados en materias que inciden directamente sobre la moral, las buenas costumbres y aspectos religiosos y teológicos que las Iglesias vindican para sí, lo que puede provocar el surgimiento de grandes oleadas de objetores de conciencia.

Esta relación de factores, a los que, sin duda, podrían añadirse otros, como es lógico intervienen en numerosas ocasiones en el ámbito jurídico generando problemas de no fácil respuesta, máxime porque en materia confesional y de conciencia las normas son muy escasas y, por tanto, en general el jurista se encuentra en un campo plagado de *iuris vacui* o en situaciones de *non legis*.

Sin embargo, por tratarse de dos derechos fundamentales, las libertades de circulación y la religiosa, sí podríamos afirmar, al menos en línea de principios, los siguientes criterios que apuntan a su necesaria observancia:

- 1°.- Que toda limitación debe estar amparada por ley, no pudiendo, como afirma Martínez-Torrón, que surjan de forma gratuita³⁷.
- 2°.- Que las medidas que se establezcan deben ser las necesarias en una sociedad democrática, no equivaliendo “necesarias” con “absolutamente imprescindibles”; lo que la jurisprudencia europea establece es que no basta con que sean sencillamente razonables u oportunas³⁸.
- 3°.- Que es preciso, para valorar estos criterios, analizar las circunstancias concurrentes, en especial el interés público que esté en juego en cada caso³⁹.

³⁷ “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, 460.

³⁸ SSTEDH Handyside, de 7 de diciembre de 1976, n. 48; The Sunday Times, de 26 de abril de 1979, n. 59 y Dudgeon, de 22 de octubre de 1981, n. 51.

³⁹ Dec. Adm. 7805/77 (D. & R. 16, p. 73).

Por tanto, volvemos a enfrentarnos ante dos fuerzas contrapuestas: por un lado, el patrimonio jurídico de personas físicas y jurídicas que desean ejercer libremente sus derechos; por otro, los intereses del Estado, que procuran velar por el orden público interno, hacer cumplir las leyes y protegerse -y proteger- a los nacionales de influencias extrañas que considere perniciosas o peligrosas.

En los últimos años, con el surgimiento del terrorismo internacional, en numerosas ocasiones vinculado al yihadismo de origen islamista, se percibe unas mayores cautelas en todo lo referente a las libertades religiosa y de circulación, como vemos, muy conectadas entre sí.

En estos equilibrios inestables, quiero destacar una interesante doctrina establecida en una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el Derecho comunitario no es de obligado cumplimiento si atenta contra el sistema de derechos fundamentales de los Estados miembros⁴⁰.

Se respeta, de este modo, los modelos garantistas que pueden establecer los países miembros respecto de sus nacionales, los ciudadanos comunitarios o, incluso, los extranjeros. El problema o, por mejor decir, uno de los problemas que podrán surgir de esto será el estatuto jurídico de que disfrute la misma persona en un tercer Estado, pero es bueno saber que nos encontramos ante un sistema de mínimos de carácter garantista.

De hecho, el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea restringe su aplicación cuando conllevara limitaciones, restricciones o condicionamientos respecto de derechos reconocidos en una constitución o en un tratado internacional.

Hay en todo esto, a mi parecer, un avance contenido en la propia Carta en tanto que clarifica y consolida el *statu quo* de la persona. Me refiero a lo que dispone el art. 52.1 de la Carta y que establece, como justas causas para restringir derechos las siguientes:

- Que estén establecidas por ley. El principio de legalidad se impone, como así debe ser, en esta materia.

⁴⁰ STJCE de 14 de mayo de 1974 (C-4/73), dictada en el asunto Nold, Kohlen und Baustoffgrobhandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas.

- Que las normas restrictivas respeten el contenido esencial de los derechos y libertades. Este tema es mucho más complejo porque, como hemos tenido oportunidad de ver a lo largo de la experiencia jurisprudencial española generada por el Tribunal Constitucional, el principio de reserva legal, de legalidad orgánica en este caso, cuando se trata de desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, ha sido objeto de numerosos procedimientos y no es del todo pacífica -ni satisfactoria-, la doctrina de nuestro más alto tribunal.
- Que respeten el principio de proporcionalidad. Este principio, que es jurídico, tiene una doble naturaleza, que comparte con la política, la económica, etc., de tal manera que, aun sentando un criterio interesante, su utilidad práctica es cuestionable. Como señalé en el trabajo citado⁴¹, la carencia de protección constitucional que en nuestro sistema sufren los principios (pues el TC ha declarado en numerosas ocasiones que sólo son objeto de protección los derechos, no los principios constitucionales), produce un orificio importante en el sistema de garantías procesales, por tanto, en el sistema de garantías jurídicas. Téngase en cuenta que las causas que se tramitan ante las instancias europeas y comunitarias han agotado forzosamente las nacionales y es en la justicia patria donde se consuman las presuntas violaciones de derechos al no obtener respuestas satisfactorias las demandas de los ciudadanos. Así pues, hay demasiadas cosas que penden de otras a los efectos de tener el camino franco para la obtención de una adecuada tutela jurídica.

Otro de los problemas es la falta de primacía del ordenamiento comunitario, otro, la coexistencia del TEDH y el TJUE y sus posibles antinomias..., sin embargo, insisto, las limitaciones espaciales me impiden desarrollar estas ideas.

Como puede entenderse fácilmente, son numerosísimas las resoluciones judiciales que hasta la fecha se han pronunciado⁴². Entre todas ellas

⁴¹ “Limitaciones a la libre circulación...”, op. cit., p. 337.

⁴² Una relación amplia de las mismas puede verse en el trabajo de Sara Iglesias Sánchez, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, 1ª ed., ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 407-417.

quiero destacar algunas sentencias que afectan directa o indirectamente a la libertad de circulación, unas veces porque prohíben la entrada en edificios públicos, otras porque impiden el ejercicio de actividades laborales, otras porque, en suma, obligan o empujan a determinadas personas a salir del país.

En Turquía, una estudiante de Medicina tuvo que abandonar la Universidad por el mero hecho de ir ataviada con un pañuelo en la cabeza. El Estado, laico pero de corte laicista, prohibía el uso de esta prenda de modo que recibió una resolución del rector por que la que se le expulsaba. El TEDH considera que no hubo violación del Convenio en lo concerniente a la libertad religiosa porque cada país es libre de configurar de modo particular el orden público interno⁴³. La demandante, de quinto curso de carrera, tuvo que abandonar el país para terminar sus estudios.

En Suiza -y también por el uso de *hiyab*- una profesora convertida al Islam comenzó a cubrir su cabeza en clase. La directora del centro le prohibió su uso, pese a que no había mediado ninguna denuncia por parte de alumnos o sus padres; la razón del veto estribaba al entender que se trataba de un gesto proselitista contrario a la neutralidad, que es lo que debe presidir la actividad docente, y ello podría entrar en colisión con los derechos religiosos de los estudiantes. El TEDH consideró proporcionada la medida y, por tanto, ajustada a derecho⁴⁴.

Relacionado con la libertad de circulación y la de culto, sólo que dentro del propio país, se produjo en Inglaterra una pintoresca prohibición relacionada con un grupo druídico que pretendía realizar sus ceremonias durante el solsticio. Llevaban años haciéndolo y aquello había degenerado en una fiesta donde abundaba el trasiego de licores, cánticos, bailes y ciertos desenfrenos, motivo por el cual las autoridades locales decidieron prohibir la ocupación del fabuloso Stonehenge. En esta tesitura, el representante de la comunidad druídica⁴⁵ pidió autorización para entrar, acogiéndose al artículo 9 del Convenio, pero fue desestimado, tanto en vía judicial inglesa como en la europea⁴⁶. No hubo

⁴³ C. Leyla Sahin c. Turquía, STEDH de 29 de junio de 2004, confirmada por otra de la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005.

⁴⁴ STEDH, C. Dahlab c. Suiza, Dec. Adm. 42393/98, de 15 de febrero de 2001.

⁴⁵ La Orden Secular de los Druidas.

⁴⁶ Dec. Adm. 12587/86 (DR, pp 241 y ss.).

proporcionalidad pues se había podido conciliar un derecho y la preservación del conjunto monumental permitiendo el acceso al gran druida o a un pequeño grupo de druidas para recitar sus oraciones y realizar sus mágicas ceremonias que era, precisamente, lo que propuso la Orden.

Vinculado a la libertad de circulación y a la libertad de credo, asimismo, quiero traer a colación el asunto que dio lugar a la sentencia *El Majjaoui y la Fundación Mezquita Touba contra Holanda*⁴⁷. El Majjaoui era un marroquí que solicitó un permiso de trabajo en Holanda para servir como imam en una mezquita, pero no obtuvo la autorización de las autoridades nacionales. El motivo de dicha denegación fue que dicho trabajo debía ser ofrecido previamente a una persona que ya viviera dentro del territorio, pues preferentemente debía ocuparlo un nacional o un extranjero que ya estuviera en Holanda, y era posible que a otras personas le interesara la plaza. Por este motivo al imam se le expulsó del país. La plaza quedó vacante por lo que El Majjaoui volvió a solicitarla, fue entonces cuando se le concedió el permiso de trabajo y de entrada en el país. Al lograr el propósito perseguido, el recurso que se tramitaba ante la Gran Sala quedó vacío de contenido, por lo que la causa fue archivada.

No sólo respecto al Islam se han producido este tipo de conflictos. La Iglesia de la Cienciología tuvo un problema curioso en Reino Unido⁴⁸. Pretendía abrir en 1966 un colegio en Inglaterra y, con él, una sede para desde ahí poder realizar su labor proselitista. Dos años más tarde, el Ministro de Salud Pública emitió un informe al Parlamento advirtiendo de que, a su juicio, esta Iglesia en realidad lo que poseía era un culto pseudofilosófico que podría resultar dañino para sus miembros, pero dado que no podía prohibirlo optó por dificultar su desarrollo. Entre esas medidas, una de ellas era prohibir la entrada a los extranjeros, otra, no reconocer los estudios a esa institución, otra, no conceder prórrogas a permisos de residencia de estudiantes, profesores o trabajadores. Así las cosas, las autoridades denegaron, entre otras cosas, la entrada al país a más de ochocientos delegados que pretendían participar en un congreso internacional programado para 1968.

⁴⁷ STEDH de 20 de diciembre de 2007.

⁴⁸ *C. Church of Scientology de California c. Reino Unido*. Dec. Adm. 3.798/68 (YB 12, pp. 306-325).

La Comisión denegó el auxilio judicial y fundamentó su resolución alegando que no vulneraba el artículo 9 del Convenio porque no limitaba la libertad religiosa, simplemente se estaba restringiendo la entrada de personas en el país, así como la permanencia en el mismo. Por otro lado, el reconocimiento de estudios era algo que quedaba fuera de su competencia y que las autoridades estatales eran las competentes en esa materia.

Como vemos, no se llegó a disolver la institución creada, sencillamente porque no se podía, pero sí se validó todo tipo de dificultades para su normal desenvolvimiento y crecimiento. Las restricciones a la libertad de circulación fueron absolutas en tanto que impidieron la entrada a los extranjeros, no renovaron a los que ya estaban en el país, llegando a expulsarles, etc.

Conviene subrayar, no obstante, que la Comisión ya se había pronunciado en otras ocasiones en el mismo sentido, es decir, que el Convenio no impide a los Estados expulsar del territorio a los extranjeros, siendo una de las excepciones a esta potestad tener serios motivos para creer que el repatriado vaya a ser víctima de tratos inhumanos o degradantes, circunstancia que no se daba en el caso⁴⁹.

La misma Iglesia y también por razón de la libertad de circulación, una ciudadana holandesa, Ivonne van Duyn, solicitó en 1974 permiso para trabajar en un colegio abierto por la Iglesia de la Cienciología, aceptando la oferta de trabajo, lo que le fue denegado por las razones antedichas. En este caso, la High Court elevó al Tribunal de las Comunidades una cuestión prejudicial a fin de que interpretara algunos preceptos del Derecho Comunitario relacionados con la libertad de circulación dentro de los Estados miembros. La sentencia dictada se basa en el artículo 3, primer párrafo, de la Directiva 64/221, según la cual toda medida restrictiva debe estar justificada por razones imputables al sujeto que solicita el permiso, de ese modo se limitaría al máximo los poderes discrecionales de los Estados miembro. Partiendo de dicho presupuesto, acepta la excepción de orden público por la naturaleza de la Iglesia de la Cienciología y justifica la denegación de entrada en el país⁵⁰, lo que a mi particular parecer resulta una medida completamente extralimitada.

⁴⁹ Dec. Adm. 214/56, YB 2, p. 224; 850/60, YB 4, p. 237; 1611/62, YB 8, p. 168; 2143/64, YB 7, p. 328; 3040/67, YB 10, pp. 522-524; 3325/67, Coll. 25, p. 121; 7465/76, D & R. 7, p. 154.

⁵⁰ El fallo de la Corte tiene fecha de 4 de diciembre de 1974 (C. Ivonne van Duyn c. Home Office, asunto 41-74).

He de recordar que esta Iglesia ha tenido en diferentes países problemas serios de reconocimiento de su actividad, sometida siempre a sospecha, de tal modo que han sido numerosos los problemas producidos. Uno de ellos, tal vez el más curioso, tuvo como objeto la comercialización de un aparato que, según los científicos, miden el grado de purificación de las personas, el E-meter. En este caso Suecia no entra en cuestiones religiosas relativas al mismo y su utilización, pero, dado que se trata de una máquina que se publicita y se vende, justifica el ejercicio de controles administrativos para evitar estafas y engaños, aplicando la legislación que protege a los consumidores y usuarios; pues bien, ese control hacía que el problema de fondo no gravitara en la libertad de credo, sino en la seguridad del tráfico comercial y las garantías que debe llevar aparejadas⁵¹.

Como vemos, el orden público planea de forma más o menos explícita sobre las resoluciones denegatorias de amparo de ahí que afirme -y con razón- Agustín Motilla que dicha cláusula está sirviendo para “reducir los controles internacionales sobre aplicación de los límites de los derechos fundamentales de cada Estado”⁵².

Para terminar con este apartado quiero referirme a otros tres casos acontecidos en Europa en los que se ha visto restringida la libertad de circulación de personas vinculadas a grupos religiosos con los que tenían una cierta relación laboral o asimilada.

El primero de ellos lo protagonizó un alemán que trabajaba en Holanda para la Comunidad Bhagwan. Sus tareas eran primordialmente de mantenimiento de las instalaciones y como únicas retribuciones disfrutaba del alojamiento que había en ellas y de lo necesario para vivir (alimento, vestido, calefacción, etc.). Solicitado el permiso de residencia le fue denegado por considerar que no se trataba de una actividad asalariada. El TUE entendió lo contrario y validó como salario en especie lo que él percibía a cambio de sus labores, admitiendo el recurso del germano⁵³.

Un supuesto que dispone de ciertas conexiones con el anterior fue el que inició un ciudadano indio que fundó en Suiza en el año 1966 una institución filosófica y religiosa denominada Divine Light Zentrum.

⁵¹ Sirvan de ejemplo el caso entablado entre el Pastor X y la Iglesia de la Cienciología contra Suecia (7805/77, ACEDH (1979), pp. 245-257.

⁵² *Sectas y Derecho en España* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990), 87.

⁵³ STUE Steymann c. Staatssecretaris van Justitie, de 5 de octubre de 1988 (fund. j. 14°).

Los vecinos denunciaron las actividades del grupo y tuvo que intervenir la policía. Estallaron varios artefactos explosivos en las puertas de la vivienda del comisario y se pusieron otros en las cercanías de la residencia del abogado de la comunidad denunciante. Estos hechos, tramitados penalmente, dieron como resultado unas condenas penales a Swami Omkarananda, que así se llamaba. Éste interpuso una queja ante la Comisión por el decreto de expulsión antes de que se produjera su condena penal, invocando el artículo 9 del Convenio.

La doctrina expuesta manifiesta que el Convenio no garantiza la permanencia en un país extranjero de nadie, pero si se demuestra que la deportación se hizo en vulneración de la libertad de credo procede el amparo⁵⁴. En este caso se desestimó, pese a lo dicho, la reclamación porque el recurrente estuvo cumpliendo condena en el país, es decir, no fue expulsado de hecho y -además- hubiera estado ajustada a derecho por basarse en cuestiones de orden público.

Por último, una ciudadana británica, judía de religión, sufrió una vulneración de su derecho a la libertad religiosa al no poder acudir a una prueba de acceso organizada por el Consejo de las Comunidades Europeas; el motivo: estar señalada en día de sábado, lo que le obligaba a descansar y le impedía desplazarse. El Tribunal rechaza el recurso aunque deja abierta la puerta para que en el futuro se procure evitar este tipo de coincidencias o se establezcan días alternativos⁵⁵.

5. Conclusiones

Recapitulando, podríamos establecer las siguientes reglas de actuación:

- 1º.- Que toda limitación de los derechos fundamentales ha de ser sometida a criterios restrictivos. Esto vale, por tanto, para la LR, pero también para la libertad de circulación y el derecho al trabajo⁵⁶.

⁵⁴ Dec. Adm. 8188/77 (D. & R. 25, pp. 105-141).

⁵⁵ STUE Prais c. Conseil del Communautés Européennes, de 27 de octubre de 1976.

⁵⁶ Aunque en el caso se ventilaban la legalidad de escuchas telefónicas clandestinas, el motivo por el que el Estado las realizó fue para combatir presuntas actividades terroristas. En el caso *Klass y otros v. la República Federal de Alemania*, la STEDH de 6 de septiembre de 1978, *aboga por esa interpretación extensiva de los derechos y libertades*.

- 2°.- Que las medidas restrictivas tienen que estar legalmente previstas, sin que quepan establecerlas *ex nihilo*. Dicho lo anterior, no son infrecuentes las resoluciones judiciales en las que se concede a los Estados suficientes dosis de discrecionalidad como para permitir conductas represivas de los derechos humanos comentados⁵⁷.
- 3°.- Han de tratarse de medidas necesarias en una sociedad democrática. Sentado lo anterior, la interpretación que ha realizado hasta la fecha la doctrina jurisprudencial para indicar el alcance de esta expresión, así como el libre margen de apreciación de los Estados, deja muy abierto el campo para la discrecionalidad.
- 4°.- La salud es uno de los motivos que justifican el establecimiento de restricciones a la libertad, de hecho, incluso las epidemias animales han sido causa de medidas restrictivas⁵⁸.
- 5°.- Lo mismo cabe decir de la seguridad. Cuantas veces se han producido acciones que han puesto en peligro la misma y las autoridades de un Estado han intervenido, el TEDH ha dado cobertura a los poderes públicos del país⁵⁹.
- 6°.- Los derechos y libertades de los demás también conforman un límite a la capacidad de acción de los individuos y los grupos⁶⁰.
- 7°.- Pero también los derechos fundamentales de los que somos titulares las personas pueden actuar como límites, en el sentido de constituir una “segunda especie de orden público” que restringe la capacidad de acción de las autoridades nacionales⁶¹.

⁵⁷ Además de los ejemplos traídos a colación a lo largo de este trabajo, puede verse la decisión de admisión 8010/77 (D. & R. 16, pp. 101-104) respecto del profesor inglés de escuela pública que lleva distintivos religiosos en sus enseres y ropas, y utiliza ciertos espacios del colegio en el que trabaja para hacer proselitismo de sus creencias, motivo por el cual fue despedido.

⁵⁸ Ejemplo de ello es la Dec. Adm. 1068/61 (YB 5, p. 284), referida a la obligatoria inscripción de un registro nacional tendente a prevenir la tuberculosis bovina.

⁵⁹ Ha sido el caso de la propaganda repartida por un miembro del I.R.A. a ingleses destacados en Irlanda del Norte (Dec. Adm. 6084/73, YB p. 65); el de promotores del neonazismo (Dec. Adm. 1747/62, YB 6, pp. 442-444; o el de los propagandistas del neofascismo (Dec. Adm. 6741/74, D. & R. 5, p. 85). pacifista, entre los soldados.

⁶⁰ Por ejemplo, se inadmite la demanda que pugna contra la obligatoriedad del seguro de automóviles que cubre los daños a terceros (Dec. Adm. 2988/66, YB 10, pp. 476-478).

⁶¹ El tema enjuiciado por el TEDH en la causa *Jabari v. Turquía*, de 11 de julio de 2000, *es buena prueba de ello. En este caso se valoraba un decreto de expulsión de una iraní. El hecho de que la misma pudiera ser condenada a muerte por lapidación a causa de una acusación de adulterio le sirvió para que el TEDH consideraba amparable su derecho de establecimiento frente a la actuación del Estado turco.*

- 8°.- Juega en estos casos el principio de proporcionalidad que, curiosamente, no figura ni en el Convenio ni en los Protocolos que lo complementan. Por tanto y partiendo de su construcción jurisprudencial, dicho principio actúa en casos en los que exista una necesidad social imperiosa o haya que dar respuesta a conflictos en los que estén en juego el interés general y los derechos individuales⁶².
- 9°.- El test de proporcionalidad debe realizarse en conjunción con el principio de libre margen de apreciación. Este criterio, tampoco legal, fue utilizado primero por la Comisión y posteriormente por el propio TEDH. Según su doctrina, varía según las circunstancias de tiempo y lugar, la naturaleza del derecho ejercitado y el contexto del caso concreto⁶³. Dicho lo anterior quiero resaltar que un repaso por la jurisprudencia del citado tribunal arroja un resultado muy desigual al oscilar entre dar cobertura a un “amplio”, a un “pequeño”, o a un “restringido” margen de apreciación”, según los casos.
- 10°.- Se afirma en alguna resolución que las autoridades nacionales, por su conocimiento directo, disponen de mayores elementos para valorar el interés general; ello incrementa la capacidad de actuación de los poderes públicos⁶⁴.
- 11°.- La desigualdad de trato exige una concepción más restringida del margen de libre apreciación pues toda discriminación debe estar fundamentada en motivos objetivos y justificados⁶⁵.
- 12°.- En todo caso, siempre que por alegadas razones de orden público se limiten derechos fundamentales, cabrá necesariamente la posibilidad de someter a juicio de los tribunales competentes si dichas razones son, o no, suficientes; si las medidas adoptadas por los poderes públicos son adecuadas y si los derechos invocados, en atención a criterios de ponderación, han sido correctamente respetados (lo que no quiere decir que prevalezcan siempre); dicho con otras palabras, siempre quedan sometidas sus actuaciones al control de los tribunales.

⁶² STEDH *Olsson v. Suecia*, de 24.III.1988, p. 67.

⁶³ STEDH *Rasmussen v. Dinamarca*, de 28.XI.1984, p. 40.

⁶⁴ STEDH *James y otros v. Reino Unido*, de 21.II.1986, p. 46.

⁶⁵ STEDH *Unal Tekeli v. Turquía*, 16.II2005, p. 58.

- 13°.- En el ámbito comunitario, el orden público, en tanto que circunstancia limitadora del derecho de residencia, afecta exclusivamente al derecho a entrar en un país miembro y al derecho a residir en él. Cuando no se poseen ambas facultades, se permite la expulsión a su país de origen⁶⁶, pero también impone la jurisprudencia una interpretación restrictiva de las causas que lo justifican⁶⁷.
- 14°.- En cuanto al concepto “motivos imperiosos de seguridad pública”, del art. 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38/CE, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse señalando al respecto que por tales hay que entender “sólo los riesgos para la seguridad interior y exterior del Estado, entendida como la permanencia del Estado con sus instituciones y sus servicios públicos fundamentales, la supervivencia de la población, las relaciones exteriores y la convivencia pacífica de los pueblos”⁶⁸.
- 15°.- En este sentido se considera que es aplicable el término cuando se trata de combatir la criminalidad de bandas organizadas dedicadas, por ejemplo, al tráfico de estupefacientes; pero no sería el caso si el comportamiento delictivo fuera cometido por un sujeto aislado.
- 16°.- La mera tenencia de antecedentes penales no es causa suficiente para considerar que se cumplen las razones de orden público para denegar la entrada o la residencia a un ciudadano⁶⁹.
- 17°.- EL TJUE aplica el mismo criterio que el TEDH, según el cual, cada Estado es independiente y libre para definir y concretar el alcance de la “seguridad pública”; pero el primero ha definido claramente que, mientras que la “seguridad pública” hace referencia a la

⁶⁶ Los artículos 27; 28; 29 y 33 de la Directiva 2004/38/CE, ya citada, regulan la materia.

⁶⁷ Véanse las SS. del TJCE de 28.X.1975; 29.IV.2004; 27.IV.2006 y 4.X.2007 a título meramente ejemplificativo.

⁶⁸ Se trata de un pronunciamiento en la decisión prejudicial planteada por el Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Alemania). En el caso, un ciudadano italiano (sr. Infusino), que vivía en Alemania desde 1987, según queda acreditado, estuvo obligando a la hija de su pareja a mantener relaciones sexuales bajo amenaza de matar a la madre o a un hermano de la menor. Condenado por el tribunal de Colonia (S. 16.V.2006). Cumplida la condena el Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, en resolución de 6 de mayo de 2008, declaró la pérdida del derecho a la residencia y ordenó la expulsión a su país de origen.

⁶⁹ Art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE.

seguridad interior y exterior de un Estado, el orden público se refiere exclusivamente al orden penal interno⁷⁰.

- 18°.- Las garantías que establezca cada Estado en el proceso de expulsión deberán respetarse y cumplirse escrupulosamente en cuanto a requisitos, necesidad de motivación de la resolución, informes, excepciones, recursos, plazos, etc., aplicándose con carácter supletorio para todo aquello no regulado, la normativa comunitaria.
- 19°.- En esta materia está excluida toda discrecionalidad de la Administración; por tanto, la actuación es reglada en todo el proceso⁷¹.
- 20°.- Los derechos y las excepciones a estos derechos son aplicables de igual modo a los familiares del residente, incluso a las personas que conviven *more uxorio*, aun cuando sean extracomunitarias⁷².

Aunque no está directamente relacionado con el orden público, conviene, sin embargo, antes de concluir este epígrafe, hacer mención a un elemento a mi modo de ver fundamental para entender mejor la cuestión, me refiero a la naturaleza de las obligaciones jurídicas que conciernen a los Estados.

Toda norma interna, todo Tratado, incluso aquéllos que establecen obligaciones subjetivas y limitaciones referidas a las libertades de los individuos, tienen un efecto delimitador del *agere licere* del propio Estado generador del precepto. Así pues, aun cuando el CEDH se planteara en su momento desde una vertiente negativa, es decir, con la idea de impedir a los países firmantes determinadas actuaciones que fueran contra los derechos reconocidos, al final este inicial propósito ha ido evolucionando con el paso del tiempo.

Refiere CASADEVALL, al tratar la materia⁷³ que, “si bien ciertas obligaciones *de hacer* se pueden deducir de la redacción del propio texto, la idea de las obligaciones positivas derivadas del Tratado es una concepción

⁷⁰ C. Taskouridis.

⁷¹ Aunque la sentencia que cito sea de nuestro Tribunal Constitucional (de 24 de abril de 1999), debo mencionarla por el interés de la misma ya que aplica el mismo criterio, por asimilación, que a la concesión de la nacionalidad. Se trata de actos reglados que no permiten margen alguno de discrecionalidad.

⁷² STJCE 12.X.2004, asunto Chen.

⁷³ Joseph Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2012), 149.

de los órganos de Estrasburgo” y, al hilo de ello, pone diferentes ejemplos que demuestran esta tendencia, como las obligaciones provenientes de la acción por omisión, que derivan de injerencias por inacción.

Las obligaciones positivas de los Estados parte han sido declaradas por el TEDH en numerosas cuestiones que pueden afectar de algún modo al Derecho Eclesiástico del Estado, como el derecho de los menores a conocer quiénes han sido sus progenitores⁷⁴, el respeto al domicilio⁷⁵, el derecho a la información sobre determinadas pruebas médicas y biológicas⁷⁶, la efectividad del derecho de guardia y custodia de hijos menores⁷⁷, el respeto a la vida privada y familiar en el país de residencia⁷⁸ o las responsabilidades generadas por errores de diagnóstico médico a favor de los menores víctimas de discapacidades⁷⁹.

A esta relación hay que sumar otras en las que el TEDH ha ido extendiendo el criterio de las obligaciones positivas, añadiendo al elenco derechos como el de la vida⁸⁰, la libertad de expresión⁸¹, a que una asociación o un partido político puedan funcionar sin injerencias de los poderes públicos⁸² e, incluso, el derecho de propiedad⁸³, pese a que el ordenamiento español no le reconoce el carácter de “fundamental”.

El estadio final al que se ha llegado -no sin numerosas excepciones y resoluciones en contra-, es que los Estados, en determinados derechos, no están comprometidos exclusivamente a asumir obligaciones de medios, sino de resultados, como acontece con el derecho a un proceso equitativo⁸⁴.

De todo ello se deriva la necesidad de analizar pormenorizadamente cada caso con el fin de administrar una justicia de calidad, teniendo en cuenta que la frecuente confluencia de varios derechos en liza debe obligar a los tribunales europeos a estudiar el supuesto fáctico y el tratamiento jurídico que merezca el caso con la debida prudencia y correcta técnica jurídica.

⁷⁴ C. Mikulic *v.* Croacia, 7.II.2002, p. 57 y 58.

⁷⁵ C. Novoseletskiy *v.* Ucrania, 22.II.2005, pp. 68 y 69.

⁷⁶ C. Roche *v.* Reino Unido, 19.X.2005, p. 157.

⁷⁷ C. Karadzic *v.* Croacia, 15.XII.2005, pp. 51 y 52.

⁷⁸ C. Sisojeva y otros *v.* Letonia, 16.VI.2005, pp. 101-104.

⁷⁹ C. Draon *v.* Francia, 6.X.2005, pp. 105 y 106.

⁸⁰ C. L.C.B. *v.* Reino Unido, 9.VI.98, p. 36.

⁸¹ C. Fuentes Bobo *v.* España, 29.II.2000, p. 38.

⁸² C. Ouranio Toxo *v.* Grecia, 20.X.2005, p. 37.

⁸³ C. Oneryildiz *v.* Turquía, 30.XI.2004, p. 134.

⁸⁴ STEDH Plattform Arzte... *v.* Austria, de 21.VI.1988, pp. 31-34.

Por lo demás, el orden público, como ha señalado MOTILLA al estudiar la praxis administrativa en el procedimiento de inmatriculación de las entidades religiosas, a veces se aplica de una manera preventiva⁸⁵, lo que supone un mayor riesgo para la efectividad de los derechos estudiados, puesto que se parte a veces de meras sospechas.

Parece claro que toda limitación de derechos, en lo relativo a las organizaciones confesionales, debería partir de elementos reales y contrastables, pues ello se deriva necesariamente de la norma legal, que en estos casos ha de tener la consideración de “dispositiva” y, además, de ello depende la efectividad de los mismos; por otro lado, nada impide a los poderes públicos realizar investigaciones posteriores que procuren confirmar las sospechas sobre actividades ilícitas. Una vez confirmadas, el Estado dispone de mecanismos suficientes para disolver los entes, perseguir penalmente las conductas criminales, etc.; cabría decir, incluso, que le será más fácil a los poderes públicos ejercer el control de legalidad sobre un ente real, que opera en el ámbito del Derecho, que sobre un ente nonato, que se encuentra al margen de la legalidad⁸⁶.

⁸⁵ Agustín Motilla, *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 138. En las páginas 127 a 154 el lector podrá encontrar un interesantísimo análisis del orden público referido especialmente al tema de la inscripción registral -concretamente a la praxis administrativa- en el que se analiza asimismo la jurisprudencia española. Indudablemente muchas de sus consideraciones podrían ser traídas aquí por cuanto son extrapolables al ámbito europeo.

⁸⁶ Dejo a un lado la noción de orden público en España por quedar fuera del objeto de estudio, si bien, como es lógico, existen numerosos elementos coincidentes con el orden público europeo, tanto comunitario como del Consejo de Europa. Sobre la materia hay numerosos estudios, a título de ejemplo puede verse la obra de BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.



TEMA: “ES ESTADO. ROL PROTAGÓNICO
EN LA GENERACIÓN DE TRABAJO DE LOS MIGRANTES
Y SU INSERCIÓN EN LA SOCIEDAD

DR. JOSÉ ANTONIO TORRES BRIZUELA

Nociones generales

Las migraciones internacionales constituyen un fenómeno de creciente importancia a nivel mundial por cuanto los movimientos de personas generan significativos efectos económicos, sociales, demográficos y culturales tanto en el país de origen como en los países receptores. Las fuertes disparidades en los niveles de desarrollo económico que evidencian los países, las desiguales oportunidades de empleo que ellos presentan, la inestabilidad política y la violencia social constituyen los factores más importantes de expulsión y de atracción de las migraciones a escala mundial. Sin embargo, si bien en la actualidad existe una alta movilidad internacional de quienes poseen un elevado nivel de capital humano y financiero, situación favorecida por las escasas restricciones en materia migratoria hacia estos grupos, no sucede lo mismo con los trabajadores pobres y con una menor formación, quienes se enfrentan frecuentemente a situaciones de exclusión y marginación muchas veces reforzadas por la política migratorias de ciertos países.

En el análisis de los movimientos internacionales de personas, Argentina constituye un caso relevante no sólo porque las migraciones

internacionales han constituido un elemento central en la construcción y desarrollo de su Nación, sino también porque el país pasó de ser un receptor neto de flujos migratorios desde fines del siglo XIX hasta mediados de 1950. Es por ello que en Argentina, por las sucesivas políticas que a través de los años mantuvieron los gobiernos nacionales, se produjo una asimilación fuerte de la cultura de los inmigrantes, y muchos rasgos que trajeron inmigrantes españoles, italianos, franceses, polacos, alemanes, árabes..., se transmitieron de generación en generación a hijos y nietos argentinos, formando un crisol de razas y de culturas donde reinaba la libertad y la tolerancia de ideas y credos religiosos.

Como expone Stefania Pedrini, antropóloga especializada en estudios culturales y migraciones de la Sapienza-Università di Roma, “a fines del siglo XIX, Argentina era una nación nueva, que no tenía una identidad definida, y en la que la masividad de la inmigración europea influyó en la construcción de un ser nacional, a través de una política de sincretismo cultural muy fuerte”. Luego de mediados de 1950 la historia comienza a cambiar y a transformarse poco a poco en un país expulsor neto, sobre todo en el último cuarto del siglo pasado, especialmente de mano de obra calificada. La reversión de estos flujos estuvo asociada al menor dinamismo económico que experimentó Argentina luego de la segunda guerra mundial y que implicó para el país un retraso respecto de otras economías con mayor desempleo económico, conjuntamente con una fuerte inestabilidad política a lo largo de su historia.

Un poco de historia de los movimientos migratorios en Argentina

Desde mediados del siglo XIX los flujos migratorios internacionales experimentaron fases bien diferenciadas. La “Primera Oleada Globalizadora” que se extendió desde 1870 hasta 1913 estuvo caracterizada por un volumen creciente de comercio internacional facilitado por el desarrollo de los transportes y de las tecnologías de la comunicación, por la disminución de las tasas arancelarias y por el régimen de patrón oro (Eichengreen, 1996). Durante este período se produjo una significativa movilidad internacional de bienes como así también de factores de la producción tanto de capital como de trabajo. En efecto, durante la “Era de la Migración en Masa” (Hatton y Williamson,

1998) se produjeron importantes movimientos de personas a nivel internacional y, especialmente, desde países europeos hacia países de América como Argentina, Estados Unidos, Canadá y Brasil, y a otros como Nueva Zelanda y Australia. Las naciones receptoras de población migrante se caracterizaban por poseer dotaciones abundantes de recursos naturales y escasez de fuerza de trabajo lo que las ubicaba en una situación inversa a la que experimentaban algunos países del Viejo Continente con abundancia de oferta de trabajo y escasas posibilidades de empleo. A lo largo de todo este período los diferenciales salariales y de empleo entre ciertos países de Europa –España, Italia, Portugal, Noruega y Suecia– y Argentina, Estados Unidos, Canadá y Australia, favorables a este último grupo, generaron fuertes incentivos para la movilidad internacional de trabajadores (Solimano, 2003). Por su parte, las políticas migratorias llevadas a cabo por los países receptores fueron favorables a la entrada de extranjeros.

A este dinámico período de integración mundial le siguió otro que se extendió entre 1914 - 1945 caracterizado por los dos conflictos bélicos a escala mundial, por la crisis económica de los años treinta y por una fuerte inestabilidad política. Algunos testimonios vienen de inmigrantes italianos. Como consecuencia de estos desarrollos el proceso de globalización y de movilidad de los factores se detuvo a la vez que las políticas migratorias se volvieron más restrictivas. En efecto, contrariamente a la relación positiva entre globalización y flujos migratorios verificada entre 1880 y 1913, la “Segunda Ola de Globalización” experimentada en el último cuarto del siglo xx ha estado acompañada de esquemas restrictivos a la entrada de extranjeros, especialmente en los países desarrollados. Si bien en la actualidad existe una alta movilidad internacional de quienes poseen un elevado nivel de capital humano y financiero, situación favorecida por las escasas restricciones en materia migratoria hacia estos grupos, no sucede lo mismo con los trabajadores pobres y menos educados quienes se enfrentan frecuentemente a situaciones de exclusión y marginación, lo que se traduce en mercados laborales internacionales fuertemente segmentados.

Siguiendo al periodista Santiago del Carril, podemos indicar que hay un viejo refrán que dice: “Los mexicanos descendieron de los aztecas, los peruanos de los Incas, y los Argentinos, de los barcos”. Las palabras,

por lo general atribuidas al escritor mexicano Octavio Paz, ilustran cómo Argentina es un país en gran parte construida por inmigrantes, después del genocidio de poblaciones natales por los descendientes de colonialistas españoles. Pero con el paso del tiempo la inmigración europea del siglo XIX al siglo XX disminuyó notablemente, dando lugar a un nuevo tipo de inmigrante: el latinoamericano. “Durante la década pasada más de 774.000 mil extranjeros han solicitado la radicación en la Argentina, la mayoría proviene de Sudamérica, siendo los paraguayos, bolivianos y peruanos los que representan más del 80%. El número de paraguayos que solicitaron la residencia hizo explotar el 560% a partir de 2007 hasta 2013, mientras que 62.972 buscó el permiso legal para residir y trabajar en el país. Esto implica un pequeño aumento de colombianos que vieron el número de gente que solicitaba la residencia subió un 600% o durante el mismo período. Este crecimiento de países sudamericanos tiene que ver con el Programa Patria Grande, promulgado en 2006 que facilitó el proceso de inmigración para extranjeros, (según fuente página de la Dirección de Nacional de Migraciones). Este programa facilitó el proceso de regularización migratoria para los ciudadanos provenientes del Mercosur y estados asociados.

La nueva dinámica en las inmigraciones marcó un contraste con las leyes restrictivas promulgadas durante la última dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983. La represión de la dictadura no sólo apuntó a activistas políticos, pero también tipos de inmigraciones, que fueron vistas como criminales potencialmente peligrosos. Expresamente, la Ley 22.439 impidió a inmigrantes hacerse a residentes legales y dio carta blanca a fuerzas de seguridad para detener la migración y deportarlos sin cualquier autorización del tribunal. En la actualidad, un inmigrante de un país sólo necesita la documentación que demuestre su nacionalidad, no tener antecedentes penales, haciendo que este proceso de obtención de la regularización migratoria sea de obtención más rápida y simple, que en otros países. Eso muestra claramente que Argentina sigue sosteniendo con firmeza el preámbulo Constitucional donde indica que: “...promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...”

El rol protagónico de los estados frente a los movimientos migratorios

Recientemente el 19 de septiembre del año 2016 por primera vez en su historia, la sede de las Naciones Unidas fue escenario de una cumbre dedicada a la problemática de las migraciones globales y refugiados. En la misma indicaba el Sr. Peter Thomson, presidente de la Asamblea General, que «estamos siendo testigos de la peor crisis humanitaria y de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial», señalando que la comunidad internacional no les puede fallar a esas personas que huyen de la guerra y la violencia, unos 65 millones en todo el mundo, según la ONU.

Los líderes mundiales que asistieron al encuentro sellaron sus compromisos a través de la «Declaración de Nueva York», un documento que el ex secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, calificó como «un gran avance decisivo en los esfuerzos conjuntos para afrontar los desafíos de la movilidad humana». «No se debe considerar a los refugiados y los migrantes como una carga -dijo Ban-. Ellos ofrecen un gran potencial si lo aprovechamos.» La cumbre demostró, según el secretario general de la ONU, que la comunidad internacional es capaz de cerrar filas en este tema. Sin embargo, «la cumbre sólo tendrá un significado real si también cumplimos con los compromisos que hemos asumido hoy», subrayó.

Pero sin embargo, como es costumbre de los Estados en general, se han transformado muchas veces en grande jugadores del veo-veo, ya que el documento final no es vinculante, y contiene sólo es una declaración de intenciones, pero como se dice en la jerga popular “a no tener nada, algo es algo...”. Según mi opinión, de la cual se puede discrepar categóricamente, la falta de una declaración vinculante, se da quizás porque todavía no está contemplada la problemática de los movimientos migratorios en las políticas migratorias de los Estados, por estar sobrepasados en combatir el desempleo interno, la generación de trabajo- incrementar la seguridad social a nacionales, luchar contra los flagelos del narcotráfico y la trata de personas.

Es muy impactante para la comunidad internacional ver el cuerpo de un niño inocente flotando en las aguas porque sus padres han intentado escapar en embarcaciones precarias de la guerra y violencia que viven en

sus territorios; pero nadie se anima a afirmar y a debatir que los Estados receptores tampoco están preparados para dar una respuesta urgente y eficaz a esta gravísima problemática, de abusos y vulnerabilidad de los derechos humanos elementales de los migrantes. Ni qué pensar en vía de solución inmediata, en la generación de empleo y contención de la seguridad social de estos miles de migrantes.

Aunque la ONU defendió la importancia del documento pactado por los Estados, cuyos principios están ya contemplados en las legislaciones nacionales, algunas organizaciones no gubernamentales humanitarias, en consonancia con lo indicado en el párrafo anterior, criticaron al documento por considerar que le faltan ambición y medidas concretas. El director de Médicos Sin Fronteras Argentina, Sr. David Cantero indicó que «es una cumbre bienintencionada y esperamos que así sea. Sin embargo, creemos que el contenido es demasiado vago». «Hablan de resultados concretos en 2018 y eso no va a la par con la situación de urgencia que estamos viendo ahora en el terreno», quien denunció la violencia de las autoridades hacia los refugiados en las zonas de fronteras y recordó que «hay que cambiar el enfoque de los Estados exclusivamente puesto en restringir las peticiones de asilo».

Pero como se señaló más arriba en el presente trabajo, “algo es algo” y no hay que desconocer que estas decisiones que deberán tomar los Estados, tendrán un fuerte impacto social y cultural en los mismos. Pero bien sabemos que todo cambio cultural, a lo largo de la historia de la humanidad, no se da ni se ha dado de un día para el otro. Es por ello que rescato el deseo de los líderes mundiales en ponerse de acuerdo sobre ciertos principios comunes para la gestión de la crisis de los refugiados y la migración. Además, acordaron algunas bases para comenzar un proceso de negociaciones que debe desembocar en un pacto global sobre los refugiados en 2018. En el texto final, los países se comprometen a proteger «totalmente» los derechos humanos «de todos los refugiados y migrantes, sin importar su estatus» y aseguran que respetarán las normas internacionales vigentes en ese ámbito.

Los ciento noventa y tres Estados miembros reconocen además «una responsabilidad compartida» para «gestionar grandes movimientos de refugiados y migrantes de forma humana, sensible, compasiva y centrada en la gente», y se comprometen a abordar las «raíces» de estos desplazamientos masivos de población. No obstante, los líderes aclaran

que «cada Estado tiene el derecho soberano de decidir a quién admite en su territorio».

Si bien la cumbre buscó establecer un denominador común para afrontar los grandes movimientos de personas, la confrontación política en este campo provocó una dura discusión entre los Estados firmantes. La negociación, que se prolongó durante meses, donde algunos Estados miembros se resistieron a incluir algunas de las propuestas iniciales más específicas, como la de reasentar a un 10% de los refugiados, que actualmente se concentran sobre todo en los países en vías de desarrollo. Según informes de Organismos Internacionales, más de la mitad de los refugiados en el mundo son acogidos en sólo seis países, de bajos ingresos: Turquía, Paquistán, Líbano, Irán, Etiopía, Kenia y Uganda.

Situación actual sobre las migraciones en Argentina

Un estudio realizado por la Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en Buenos Aires, indica que *el 4,8% de la población argentina es inmigrante, lo que convierte a este país en el sudamericano con mayor población extranjera, más que duplicando al promedio regional.* Al menos **2.086.302 personas** que residen de manera estable en la Argentina nacieron en otros países, mientras que unos 940.273 ciudadanos nacidos en territorio local (equivalente el 2,2% de la población) emigraron.

En Sudamérica se contabilizan más de 5 millones de inmigrantes; **el promedio regional de la inmigración es del 2,1% sobre el total de la población; mientras que se contabilizan más de 10 millones de emigrantes, con un promedio del 5,4% per cápita.**

Según señala el estudio, América del Sur es una región de origen, destino y tránsito de migrantes internacionales, que desde principios del siglo XXI, presentan variaciones respecto de la dirección, intensidad y composición. Se observan flujos simultáneos de emigrantes, inmigrantes, y refugiados o solicitantes de refugio dentro del territorio sudamericano.

El análisis está basado en datos de los Censos de los países de la región, los cuales se complementan y actualizan con estimaciones del Departamento de Asuntos Sociales y Económicos (DAES) de las Naciones Unidas.

En la actualidad, la población migrante intra-regional se destaca por sobre la extra-regional: esto se explicaría en parte por la mortalidad de la masiva inmigración de europeos del siglo XX, y por los crecientes flujos regionales. Asimismo, se observa un dinamismo creciente en la llegada de nuevos colectivos de países no sudamericanos.

El ranking de países con mayor cantidad de inmigrantes es liderado por la **Argentina con 2.086.302; seguido por Venezuela, con 1.404.448; Brasil, 713.568; Chile, 469.436; Ecuador, 387.513; Paraguay, 156.462; Bolivia, 142.989; Colombia, 133.134; Perú, 90.881; Uruguay, 71.977.**

Diversos factores explican el incremento de la movilidad intra-regional: políticas restrictivas de ingreso y acceso a la residencia en países desarrollados, crisis económicas en EE.UU. y Europa, mayores oportunidades laborales y marcos normativos más benéficos en la región.

La migración intra-regional ha sido favorecida por la aprobación de nuevos marcos normativos e institucionales a nivel nacional y de acuerdos de integración a nivel regional (principalmente, el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones) que facilitan la movilidad intra-regional.

El Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR es una herramienta fundamental para el acceso a la residencia legal en Sudamérica.

Alguno de los datos anecdóticos de la historia nos indican que el presidente Domingo Sarmiento, promotor de la inmigración europea y norteamericana, trabajó para hacer que Argentina invitara a los inmigrantes del norte de Europa, llevando a cabo una política para llenar el vasto país a través de la inmigración europea después de la independencia de España. Sarmiento creía que los inmigrantes europeos tenían las habilidades y ética de trabajo que la Argentina necesitaba. Sin embargo recientemente el ex Director Nacional de Migraciones, Martín A. Arias Duval, elogió la reciente inmigración regional, al destacar que la inmigración regional es tan positiva como los numerosos inmigrantes europeos que vinieron antes. “La única diferencia entre la inmigración de entonces y la de ahora es el color de su piel, el cabello y los ojos”, dijo Arias Duval en una entrevista con el *Buenos Aires Herald*. Ceriani, el experto en inmigración de la ONU, considera positivo este movimiento migratorio regional, destacando el conocimiento de estos nuevos inmigrantes están trayendo al país. “La experiencia de

la comunidad boliviana en técnicas de horticultura ha traído nuevos avances para la producción de fruta, además de influir en la industria textil”, dijo Ceriani, como ejemplo.

De lo que se desprende del informe de la Dirección Nacional de Migraciones, entre los años 2011-2015, se radicaron de manera legal *temporaria* en Argentina, unos 255.826 paraguayos; con radicación permanente resuelta 280.030, (sin contar con una cifra certera de los paraguayos radicados ilegalmente, problemática de inmigrante ilegales que se agudiza cada año). Este análisis no tiene un sentido xenófobo, sino más bien es para demostrar que es el grupo más numeroso de inmigrantes en nuestro país. El paraguayo Jorge Arca, que emigró a Argentina hace 8 años, le dijo al Herald que su familia había llegado a Argentina debido, principalmente, a la asistencia sanitaria pública y gratuita. “Cuando llegamos, no nos tomó mucho tiempo integrarnos, ya teníamos familiares que habían llegado en los años 1980 y 1990 y que nos ayudó mucho”, dijo Arca. Arca trabajó primero en la construcción y luego un par de años más tarde fue capaz de conseguir un trabajo como encargado del edificio. Su esposa Amelia es una trabajadora doméstica. Ceriani explicó que hubo un aumento en el número de inmigrantes que entran en empleos formales, logrando subir los mismos en la escala social, situación que no podrían haber alcanzado en sus países de orígenes.

Otro de los aspectos importantes para los inmigrantes que acaban de llegar a un país es la red de sus compatriotas que ya se encuentran viviendo allí. Por ejemplo, Michelle Rodríguez, psicóloga de Venezuela explicó que le tomó mucho tiempo poder integrarse. “Al principio trabajé como niñera, y paseaba perros, pero con el tiempo tuve la oportunidad de encontrar un trabajo como investigador de mercado”, dijo Rodríguez. Su amiga venezolana Milagros, que sólo llegó a la Argentina hace menos de un mes para escapar de la alta tasa de criminalidad en Venezuela tuvo una experiencia mucho más fácil. “En el momento en que llegue, había un grupo mucho más grande de venezolanos en la ciudad que me ayudó a construir las raíces mucho más rápido”, dijo Milagros.

Muchos de los extranjeros que emigran de los países de América del Sur que bordean el Caribe como Colombia y Venezuela vienen a la Argentina no sólo para trabajar en sus profesiones sino para estudiar. Colombia es un ejemplo claro de todo ello, entre los años 2011-2015, se radicaron de manera legal *temporaria*, unos 51.174 colombianos;

con radicación permanente resuelta unos 22.899; en el año 2016 se radicaron de modo permanente 16.175 colombianos. Muchos de estos inmigrantes colombianos vienen en busca de trabajo profesional y para tomar cursos de posgrado. Cabe destacar que el número de inmigrantes procedentes de países de América del Sur sigue creciendo a pesar de que varias naciones - incluyendo Colombia, Perú y Paraguay - han experimentado un crecimiento económico explosivo en los últimos años.

A continuación mostrare algunos datos estadísticos de las diversas migraciones entre los años 2013 a 2016:

| DNI-MIGRACIONES | | Ministerio del Interior, Oficina Pública y Vivienda Presidencia de la Nación | | | | | |
|---|----------------|--|----------------|---------------|----------------|----------------|-------------|
| PANORAMA RADICACIONES 2011 - 2015 | | | | | | | |
| RADICACIONES TEMPORARIAS RESUELTAS POR NACIONALIDAD - PERÍODO 2011 / 2015 | | | | | | | |
| TEMPORARIA | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | TOTAL | % |
| PARAGUAYA | 54.775 | 66.583 | 54.615 | 33.845 | 46.008 | 255.826 | 39,57% |
| SOLIVIANA | 31.471 | 42.868 | 33.454 | 20.251 | 27.364 | 155.348 | 24,00% |
| PERUANA | 20.734 | 28.057 | 19.243 | 10.857 | 13.820 | 92.720 | 14,34% |
| COLOMBIANA | 7.568 | 12.354 | 12.638 | 6.210 | 12.406 | 51.174 | 7,82% |
| CHILENA | 2.862 | 3.024 | 2.843 | 2.183 | 2.864 | 13.576 | 2,10% |
| URUGUAYA | 1.443 | 2.159 | 2.429 | 2.854 | 2.480 | 10.833 | 1,64% |
| VENEZOLANA | 1.010 | 1.132 | 1.204 | 1.777 | 4.707 | 9.920 | 1,53% |
| ECUATORIANA | 1.336 | 1.362 | 1.564 | 1.593 | 2.556 | 8.011 | 1,24% |
| DOMINICANA | 197 | 203 | 2.216 | 1.702 | 1.291 | 5.609 | 0,87% |
| ESTADOUNIDENSE | 431 | 478 | 591 | 1.330 | 1.846 | 4.685 | 0,72% |
| ESPAÑOLA | 489 | 581 | 723 | 1.234 | 1.363 | 4.400 | 0,69% |
| CHINA | 812 | 653 | 475 | 1.204 | 1.210 | 4.354 | 0,67% |
| SENEGALESA | 9 | 4 | 1.570 | 1.407 | 1.170 | 4.250 | 0,66% |
| MEXICANA | 533 | 576 | 588 | 1.830 | 1.315 | 4.102 | 0,63% |
| FRANCESA | 402 | 435 | 405 | 776 | 1.023 | 3.041 | 0,47% |
| BRASILEÑA | 855 | 490 | 490 | 461 | 732 | 3.027 | 0,47% |
| ITALIANA | 208 | 245 | 282 | 479 | 627 | 1.841 | 0,28% |
| SURCOREANA | 138 | 125 | 35 | 544 | 478 | 1.304 | 0,21% |
| HAITIANA | 187 | 206 | 162 | 282 | 329 | 1.166 | 0,18% |
| ALEMANA | 178 | 171 | 187 | 383 | 347 | 1.156 | 0,18% |
| OTRAS NACIONALIDADES | 1.434 | 1.508 | 1.690 | 2.517 | 3.323 | 10.472 | 1,62% |
| TOTAL TEMPORARIA | 126.864 | 162.403 | 137.515 | 92.864 | 127.678 | 646.524 | 100% |

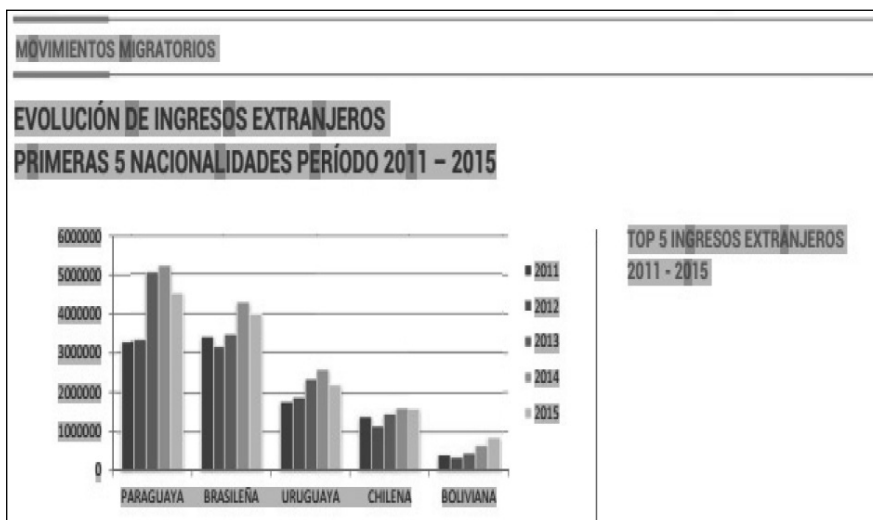
ESTAS 20 NACIONALIDADES REPRESENTAN EL 98% DEL TOTAL DE RADICACIONES RESUELTAS

(Fuente Dirección Nacional de Migraciones Argentina, Área Estadísticas).

| DNI-MIGRACIONES | | Ministerio del Interior, Oficina Pública y Vivienda Presidencia de la Nación | | | | | |
|---|----------------|--|----------------|----------------|----------------|----------------|-------------|
| PANORAMA RADICACIONES 2011 - 2015 | | | | | | | |
| RADICACIONES PERMANENTES RESUELTAS POR NACIONALIDAD - PERÍODO 2011 / 2015 | | | | | | | |
| PERMANENTE | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | TOTAL | % |
| PARAGUAYA | 57.024 | 58.635 | 62.972 | 45.164 | 58.225 | 280.020 | 44,28% |
| PERUANA | 23.213 | 29.948 | 21.918 | 20.209 | 21.948 | 117.216 | 18,24% |
| PERUANA | 17.294 | 17.909 | 20.079 | 15.405 | 16.074 | 86.762 | 13,72% |
| COLOMBIANA | 2.733 | 3.558 | 4.814 | 4.026 | 6.468 | 21.599 | 3,32% |
| BRASILEÑA | 3.675 | 4.260 | 4.133 | 4.158 | 5.917 | 21.543 | 3,41% |
| URUGUAYA | 1.809 | 2.865 | 2.381 | 1.969 | 2.391 | 10.694 | 1,66% |
| CHILENA | 1.990 | 2.060 | 2.177 | 1.879 | 2.082 | 10.188 | 1,61% |
| CHINA | 1.719 | 1.684 | 1.208 | 1.682 | 1.769 | 7.425 | 1,17% |
| ESPAÑOLA | 734 | 930 | 962 | 847 | 816 | 4.289 | 0,68% |
| DOMINICANA | 895 | 1.159 | 907 | 695 | 719 | 4.275 | 0,68% |
| VENEZOLANA | 500 | 779 | 991 | 859 | 1.091 | 4.220 | 0,67% |
| ECUATORIANA | 514 | 618 | 733 | 540 | 959 | 3.363 | 0,53% |
| ESTADOUNIDENSE | 724 | 726 | 627 | 967 | 863 | 3.927 | 0,53% |
| ITALIANA | 285 | 333 | 335 | 380 | 346 | 1.819 | 0,29% |
| MEXICANA | 330 | 325 | 253 | 274 | 377 | 1.559 | 0,25% |
| FRANCESA | 218 | 263 | 278 | 418 | 272 | 1.449 | 0,23% |
| CUBANA | 142 | 132 | 170 | 189 | 325 | 958 | 0,15% |
| BERBERA | 148 | 124 | 108 | 97 | 108 | 621 | 0,10% |
| RUSA | 84 | 75 | 95 | 75 | 112 | 441 | 0,07% |
| UCRAIANA | 58 | 49 | 54 | 44 | 82 | 297 | 0,05% |
| OTRAS NACIONALIDADES | 1.086 | 1.096 | 1.135 | 1.087 | 1.363 | 5.767 | 0,91% |
| TOTAL PERMANENTE | 129.322 | 125.557 | 138.219 | 106.788 | 133.554 | 632.440 | 100% |

ESTAS 20 NACIONALIDADES REPRESENTAN EL 99% DEL TOTAL DE RADICACIONES RESUELTAS

(Fuente Dirección Nacional de Migraciones Argentina, Área Estadísticas).



(Fuente Dirección Nacional de Migraciones Argentina, Área Estadísticas).

| NACIONALIDAD | CANTIDAD | RANKING POR NACIONALIDAD |
|----------------|------------|--------------------------|
| ARGENTINA | 43.258.317 | |
| PARAGUAYA | 7.588.867 | |
| BRASILEÑA | 7.223.729 | |
| URUGUAYA | 3.073.203 | |
| BOLIVIANA | 3.047.403 | |
| CHILENA | 2.330.014 | |
| ESTADOUNIDENSE | 786.463 | |
| PERUANA | 456.760 | |
| ESPAÑOLA | 414.352 | |
| ITALIANA | 323.339 | |
| COLOMBIANA | 325.835 | |
| FRANCESA | 325.823 | |
| ALEMANA | 292.871 | |
| BRITÁNICA | 250.163 | |
| MEXICANA | 202.589 | |
| FILIPINA | 170.256 | |
| VENEZOLANA | 129.260 | |
| CHINA | 123.514 | |
| CANADIENSE | 114.971 | |
| AUSTRALIANA | 114.390 | |
| OTRAS | 1.845.033 | |
| TOTAL 2016 | 72.802.193 | |

(Fuente Dirección Nacional de Migraciones Argentina del año 2016, Área Estadísticas)

Las palabras de elogio a las inmigraciones latinoamericanas del ex Director Nacional de Migraciones, Martín A. Arias Duval, según mi humilde opinión y contrastación con diversas fuentes de información consultadas, se encuentran teñidas de desidia, demagogia y oportunismo político de la anterior gestión nacional de gobierno. Por ejemplo nada dicen de las cifras falsas que daba a conocer el INDEC en relación al desempleo y ello repercutía en aquellos migrantes que venían a buscar situaciones económicas más beneficiosas. Que el conurbano (el Gran

Buenos Aires) cada dos años aumenta un gran cinturón de desocupados provenientes de los países limítrofes y ello repercute tanto a nacionales como a extranjeros. Donde muchos de ellos son captados por el narcotráfico, la explotación laboral o la explotación sexual. Que contando el Estado Nacional con información sobre la instalación de carteles de la droga, información suministrada por la D.E.A, debido a políticas agresivas para combatir el narcotráfico en Colombia, México y Brasil entre otros Estados, decidieron no hacer nada y mirar para otro lado, dejando de ser Argentina un país de paso de la droga, a encontrar plantaciones y cocinas de la misma repartidas a lo largo de toda la Argentina. Los lugares más críticos lo tenemos en ciudades como Rosario, Córdoba, el conurbano y en diversas villas de la ciudad de la ciudad autónoma de Buenos Aires...

Encontramos a personas inmigrantes que por su actividad delictiva tiñen en el imaginario social, pensar que todos los inmigrantes latinoamericanos o al menos en su mayoría, se dedicaban a delinquir. Esa pesada herencia donde quien vivía en una villa y por esas cosas ajenas a su deseo de porvenir, se transforman en cuasi rehenes, ellos y sus familias, de grandes organizaciones delictivas. Otro ejemplo es que sabiendo que entraban avionetas narco desde el Paraguay, Bolivia, etc, no se contó con sistemas de radarización aérea en las áreas fronterizas críticas. En las zonas de fronteras paraguayas y bolivianas, encontrábamos a ciudadanos que vivían en dichos países y que gozaban de beneficios de pensiones, jubilaciones, por el solo hecho de que los mismos respalden con sus votos en los actos eleccionarios argentinos, así podemos encontrar miles de ejemplos donde el Estado ha sido poco responsable en sus políticas sociales, laborales y migratorias e incluso han utilizado a los migrantes para fines que nada tienen que ver con los valores democráticos que constituye el Estado Nacional Argentino .

Es dentro de esta situación donde el actual Gobierno Nacional, al encontrarse con este tipo de irregularidades y protegiendo al inmigrante que ha decidido trasladarse a tierras argentinas en búsqueda de paz y un mejor porvenir para sí y su familia, comienza con un plan agresivo de política de Estado de combatir a las organizaciones delictivas.

Esta decisión motivo la generación del DNU 70/2017, que no tenía como fin atentar contra la Ley de Migraciones, el respeto por los derechos humanos de los migrantes, sino más bien busca hacer más ágiles los

mecanismos de expulsión de quienes cometieron delitos o no pueden acreditar formalmente su ingreso al país.

Sin embargo este DNU 70/2017, no fue receptado positivamente por algunas comunidades de inmigrantes como es el caso de de las organizaciones de inmigrantes bolivianos, colombianos, mexicanos, peruanos, paraguayos y chilenos residentes en Argentina quienes convocaron a un paro con el objetivo de visibilizar el aporte que realizan a la economía y pedir la derogación del decreto que modificó la Ley de Migraciones por considerar que «vulnera» sus derechos. «Los migrantes somos trabajadores y hacemos un aporte muy importante a las economías de los países donde residimos. Con este paro queremos instalar ese debate sobre nuestro rol económico, social y cultural», dijo Juan Vázquez, del colectivo de bolivianos Simbiosis Cultural, una de las organizaciones convocantes. Pero lo interesante es ver como ellos señalaron por medio de sus organizaciones que «...en esta construcción del sujeto político que somos los inmigrantes, no lleva a re-discutir nuestro rol con el Estado, pero también con los sindicatos cuando, por ejemplo, no permiten un cupo superior al 25% de inmigrantes en la representación, como pasa con los ladrilleros». «¿Qué pasaría si los inmigrantes demostramos todo lo que aportamos a la sociedad?», se pregunta el spot realizado por hombres y mujeres de diferentes nacionalidades y distintos oficios (psicólogos, costureros, enfermeros y estudiantes) que invita a sumarse al cese de tareas.

Según el informe «Impacto de las migraciones actuales en la estructura económica y sociocultural de la Argentina» que publicó en 2016 la Universidad de Tres de Febrero, este grupo aporta entre 1.000 y 1.500 millones de dólares por año en IVA, en tanto que en el período 2007-2011 su participación en la generación de riqueza osciló entre 3.900 y 5.000 millones de dólares.»El primer problema que tiene el DNU es el mensaje porque asocia al inmigrante con el delito; esto cala muy hondo en la sociedad y llega muy rápido y revertirlo tarda décadas», describió Ceriani Cernadas, director del Programa de Migración y Asilo del Centro de DDHH de la Universidad Nacional de Lanús. Para el experto de la ONU, el decreto hace «un recorte parcial de la realidad ya que expresa que el 33% de los delitos vinculados a la narcocriminalidad son cometidos por extranjeros, y esto es lógico por la naturaleza de ese delito, pero no implica que se trate de personas que llegan a residir a

un país; mientras que de 2002 a hoy, de todos los delitos cometidos en Argentina sólo entre 5,2% y 5,9% fueron realizados por extranjeros».

En relación a las modificaciones que introduce el DNU, Ceriani Cernadas detalló que «antes para no dejarte ingresar debías tener una condena firme superior a tres años y para sacarte la residencia una superior a cinco; ahora el sólo hecho de tener un antecedente, cualquiera sea el delito y tengas o no condena puede ser una causal para la no admisión, expulsión o cancelación de la residencia». «Por lo tanto se acortaron los plazos y se quitaron instancias de apelación para el migrante. En realidad el DNU le hace un favor al crimen internacional organizado porque Argentina, en lugar de investigar y llegar a fondo con la estructura delictiva, expulsa a la persona, sin contar con que si se trata de un delito que dejó víctimas fatales, los familiares no tienen cómo lograr justicia en términos de condena ni resarcimiento civil».

En el mismo sentido la ONU insiste en derogar el DNU 70/2017 de Migrantes, ya que considera que es un procedimiento exprés de detención y deportación que viola los estándares internacionales. Fue durante el 35° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la discriminación racial y la xenofobia, Mutuma Ruteere manifestó su preocupación por la posibilidad de que el DNU aumente la criminalización y estigmatización de los migrantes. Es decir que para la ONU, el decreto asocia a las personas migrantes con el delito, viola el debido proceso y su derecho a la defensa y profundiza un escenario de criminalización.

Conclusiones finales

Los movimientos migratorios de personas constituyen un fenómeno de creciente relevancia que tiene impactos económicos, demográficos y sociales tanto en el país de origen como en los países de destino. Encontramos una creciente desigualdad en el grado de desarrollo entre los países más desarrollados y los menos desarrollados, en el nivel de bienestar de su población, conjuntamente con el progreso de las comunicaciones y transportes, generan factores de expulsión de los mismos y de atracción hacia los primeros, todo ello genera un fuerte crecimiento de las migraciones a nivel mundial.

Sin embargo, si bien en la actualidad existe una alta movilidad internacional de quienes poseen un elevado nivel de capital humano y financiero, situación favorecida por las escasas restricciones en materia migratoria hacia estos grupos, no sucede lo mismo con los trabajadores con menos recursos y faltos de educación, quienes se enfrentan frecuentemente a situaciones de exclusión y marginación. Sobre todo transformándose en blancos fáciles del hampa, los carteles de la droga, de la trata de personas entre otros.

Argentina constituye un caso de gran relevancia dada su larga historia migratoria. No sólo porque las migraciones internacionales han constituido un elemento central en la construcción y desarrollo de la Nación, como se indicó en el presente trabajo; sino también, porque el país pasó de ser un receptor neto de flujos migratorios desde fines del siglo XIX hasta mediados de 1950, a ser un expulsor neto en el último cuarto del siglo pasado, especialmente de mano de obra calificada.

El cambio de estos flujos estuvo asociado al menor dinamismo económico que experimentó Argentina luego de la segunda guerra mundial y que implicó para el país un retraso respecto de otras economías, conjuntamente con una fuerte inestabilidad política.

La inmigración de origen europeo tuvo un impacto muy importante hacia fines del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Los cambios en el volumen y en la procedencia de los inmigrantes desde mediados de 1950 modificaron significativamente la composición y participación de la población extranjera residente en el país. En particular, el porcentaje de nacidos en el extranjero en relación al total de población ha ido incrementándose desde 1869 hasta alcanzar su valor máximo en 1914, momento en el cual llegó a representar casi un tercio de la población total del país. A partir de allí, la importancia de los nacidos fuera de Argentina se redujo sistemáticamente constituyendo sólo el 4% de la población total en el año 2001.

En relación a la situación actual sobre la migración en Argentina focalizándonos en las últimas dos décadas, se observa que el total de inmigrantes europeos se redujo como consecuencia de dos movimientos contrapuestos: la disminución de los inmigrantes no limítrofes y el incremento de los limítrofes. En este proceso, se evidencia una tendencia creciente a la radicación por parte de aquellos en el Área Metropolitana de Buenos Aires. Asimismo, se observa una alta concentración en edades activas

lo cual refleja el carácter laboral de estos flujos y un aporte válido a la economía, como se indicó en el presente trabajo. Durante los noventa el stock de migrantes provenientes de Paraguay y Bolivia se incrementó notablemente a la vez que se redujo el número de chilenos y uruguayos. El fuerte crecimiento de los bolivianos y la disminución del número de chilenos hizo que este último grupo se ubicara cuarto en orden de importancia en el año 2001 al tiempo que los oriundos de Bolivia pasaron de estar quintos en 1991 a estar segundos a comienzos del nuevo milenio. Sin embargo, en términos de tasas de crecimiento se destaca lo sucedido con la migración proveniente de Perú la cual registra los incrementos porcentuales más importantes tanto en los ochenta como –y fundamentalmente– en los noventa. A lo largo de estas dos décadas el stock de peruanos residiendo en el país se multiplicó por diez. El análisis por género de los inmigrantes regionales indica que el crecimiento que éstos experimentaron a lo largo de las dos últimas décadas se explica mayormente por el aporte femenino, reflejando una clara feminización de las tasas de entradas de extranjeros al país.

En relación a los determinantes de los flujos migratorios, las estimaciones econométricas muestran que en el período 1870-1950 el sendero de crecimiento del empleo parece ser el principal determinante de los movimientos de europeos hacia Argentina, primando su efecto por sobre la brecha salarial. Se verifica, asimismo, una respuesta asimétrica ante cambios en las posibilidades de empleo en el país emisor y en el receptor, resultando más importante un incremento en las oportunidades de empleo en Argentina que una reducción de igual magnitud en el país de origen.

Cuando un análisis econométrico similar se aplica a los flujos provenientes de los países de la región algunos resultados se modifican significativamente. En efecto, entre las migraciones regionales parece ser la brecha de ingreso más que los diferenciales de empleo la variable que genera la mayor reacción en los flujos migratorios. Asimismo, nuevamente se verifica una respuesta asimétrica de estos flujos ante un aumento en el empleo en Argentina y una reducción en el país de origen, siendo mayor en el primer caso que en el segundo.

Sin embargo, más allá de ciertas coyunturas que favorecen o retraen los flujos de entrada a Argentina, las disparidades de ingresos que presenta el país respecto de otras naciones de la región han ido configurando

condiciones estructurales que explican la persistencia de los flujos de entrada de migrantes provenientes de la región, fundamentalmente de Bolivia y Paraguay, aún en fases recesivas como las experimentadas por el país en la segunda mitad de los noventa. La consolidación de un mercado de trabajo regional, la existencia de redes originadas en los flujos previos y los diferenciales de desarrollo favorables a Argentina parecen ser los factores de atracción más importantes que han hecho que el país se transforme en una de las naciones receptoras de migrantes regionales más importantes de América Latina.

Esta mejor situación relativa que presenta el país frente al de origen de los migrantes no implica que –en conjunto– los trabajadores provenientes de países de la región no enfrenten serias dificultades en relación a su inserción laboral. Por el contrario, se observa una situación de fuerte segmentación ocupacional donde la mayor parte de ellos desarrollan sus tareas en un conjunto reducido de sectores productivos. En particular, los inmigrantes hombres se encuentran sobre-representados en las actividades de la construcción las cuales explican alrededor de un tercio del empleo total. En el caso de las mujeres, el grado de segmentación es aún mayor dado que la mayor parte de las migrantes regionales se desempeñan en el servicio doméstico. Ello estaría indicando que a la segregación laboral que presenta el conjunto de las mujeres se le suma otro asociado a su condición de migrante, combinación que deriva en una fuerte reducción del espectro de posibilidades que éstas enfrentan que no se encuentra totalmente explicado por las características individuales.

En efecto, e independientemente del grado de escolarización, se verifica un sesgo hacia las ocupaciones menos calificadas lo que estaría indicando que la segmentación en el mercado de trabajo no se explica totalmente por el nivel educativo alcanzado por estos grupos. Ello se observa aún con mayor intensidad en el caso de las mujeres, las cuales alcanzan niveles de escolarización más elevados que los hombres, tanto entre la población nativa como migrante.

Como consecuencia de todo ello, los migrantes regionales –tanto hombres como mujeres– presentan un nivel de precariedad laboral más elevado que los nativos implicando que aproximadamente 66% de aquellos se desarrollan en ocupaciones no cubiertas por la Seguridad Social. Esta situación de segregación ocupacional va acompañada, a su vez, de un fuerte grado de discriminación salarial. Las ecuaciones de

ingresos muestran que, aún controlando por características personales y del puesto, la condición migratoria continúa siendo altamente significativa. Analizando más en detalle los ingresos según nacionalidad y género, se observa que las mujeres provenientes de los países de la región constituyen el grupo más afectado.

Por lo tanto, si bien probablemente el salario que percibe un inmigrante regional en Argentina sea más elevado que el que pudiera obtener en su país de origen, ello no implica desconocer el grado de fragilidad e inestabilidad en el empleo que ellos experimentan. La situación de ilegalidad en la cual se encuentra un porcentaje elevado de ellos favorece la aceptación de condiciones laborales desprotegidas y con remuneraciones por debajo de los mínimos legales establecidos. Las condiciones estructurales que determinan una inserción laboral más precaria por parte de la población no nativa explican, a su vez, los elevados niveles de privación que experimentan en conjunto. Por supuesto, el grado de bienestar que alcanzan estos contingentes presenta algunas diferencias según nacionalidad y región de radicación dentro del país, análisis que escapa al alcance del presente trabajo.

Sin embargo el mayor flagelo que experimentan es que muchos de ellos vienen a Argentina en la búsqueda de un mayor porvenir y terminan frente al gran desempleo víctimas del narcotráfico y la trata de personas., dos grandes flagelos contemporáneos difíciles de salir. Es allí donde el Estado, tiene que fortalecer sus controles y represión migratoria; no con el inmigrante que está buscando una vida más digna de ser vivida, sino contra las redes delictivas que no reconocen, personas, pueblos, estados y que su único fin es enriquecerse a costa de destruir la dignidad de quienes queremos vivir armónicamente en sociedad. Del mismo modo el Estado debe ser promotor de una auténtica vida democrática, donde no se los tomen como rehenes de una coyuntura electoral, hacerlos pasar las fronteras para sumar más votos en el día de las elecciones, o dar ayudas o beneficios sociales a quienes no viven en el suelo argentino, solo para beneficiar a un sector político. Situaciones que el gobierno actual nacional ha tratado de revertir.

Respecto de los flujos de emigración desde Argentina, se observa que los mismos han experimentado una tendencia creciente desde mediados de los sesenta. Si bien en la década del cuarenta y cincuenta ya se registraban ciertos movimientos de emigración de investigadores, es a partir

de la política de represión llevada a cabo bajo el gobierno militar entre 1966-1970 cuando estos flujos se aceleran significativamente. A lo largo del período que se extiende desde allí hasta el retorno de la democracia en 1983, la “fuga de cerebros” experimentó un de-crecimiento inédito en el país. Sin embargo, la situación se volvió aún más dramática bajo la última dictadura militar instaurada en 1976 en la cual se implementó una masiva persecución de intelectuales, profesionales y alumnos. El cese de la persecución y represión a partir de la vuelta de la democracia contribuyó a reducir la salida y a lograr el retorno de cierto número de científicos e intelectuales. Sin embargo, la falta de políticas científicas y tecnológicas, la escasez de financiamiento para este tipo de actividades, los diferenciales salariales y de oportunidades de empleo con respecto a los países más desarrollados hicieron que el “brain drain” continúe e, incluso, se intensifique durante las últimas décadas con consecuencias aún no cuantificadas sobre las perspectivas de crecimiento y desarrollo futuro del país. Por lo tanto, es necesario llevar a cabo –bajo un marco general de análisis– un estudio sobre los efectos de los flujos migratorios desde y hacia el país en términos de conformación y estructura del mercado de trabajo local, niveles salariales, desarrollo de ciertas actividades productivas, construcción de redes científicas, como así también en términos de otras variables sociales y demográficas de modo de tal de poder generar el Estado y encarar políticas migratorias que favorezcan los aspectos positivos de la movilidad internacional de personas a la vez que minimicen los impactos no deseados y garanticen los derechos elementales de todo individuo.

Por último falta un dialogo social entre migrantes latinoamericanos y el Estado, donde el mismo sea capaz de reconocer el gran aporte que realizar los mismos al colectivo social y a la economía nacional. Estamos todavía lejos como Estado, de plantear estrategias concretas de contención al flujo migratorio que surge de los conflictos bélicos en Medio Oriente, esto no quiere decir que no abra sus puertas; pero para hablar de migraciones no basta solo con decirles vengan y hagan lo que puedan dentro de esta selva de cemento y si no logran insertarse dentro de un marco de legalidad, quedan sujetos a vías irregulares e inseguras. Encontramos pequeñas experiencias pilotos de recepción de flujos migratorios, del conflicto de Oriente Medio, en la Provincia de Córdoba (Localidad de Pilar) y en la Provincia de San Luis, Argentina,

como “Estados llamantes”. No fue positiva la experiencia en cordobesa, de los refugiados sirios, quienes decidieron regresar nuevamente a Alepo. Recogemos algunos testimonios de ellos: “No aguantamos más, nos queremos volver a nuestro país”, dicen en su casa de la ciudad cordobesa de Pilar Taufiq Touma (40) y su esposa, Ani Hadad (29), los sirios que hace cuatro meses huyeron de la guerra en ese país y que ya tienen pasajes para volver. Hace cuatro meses llegaron esperanzados a Argentina, escapando de la muerte. “Pensábamos que la vida aquí sería más barata y que nuestras hijas tendrían futuro, pero no lo vemos ahora”, dice Taufiq y en este tiempo no conseguimos trabajo. “Faltó la ayuda del Estado. Hubo varias promesas incumplidas”, agrega un allegado de la familia, que en este tiempo los acompañó espiritualmente y que ocasionalmente hace de traductor. En este contexto la familia subsistió, en parte, gracias a la asistencia de un vecino, que se hizo cargo del alquiler de la casa, de los gastos diarios y les facilitó un auto. Esta es otra de las razones por las que se van: “No queremos pedirle plata a nadie, la queremos ganar. Mi padre fue la última persona que me dio dinero y no queremos ser una carga en Argentina”, deja claro Taufiq. (Fuente La Voz del Interior).

El gobierno la Provincia de San Luis, también participa dentro del corredor humanitario donde la idea es facilitar el acceso a la provincia de aquellos refugiados que logren llegar a la Argentina. Existe vigente el «Programa Siria» que coordina Migraciones y que consiste en una visa que permite una residencia temporaria para luego solicitar el permiso permanente. Pero quiero rescatar la reflexión de Samir Nofal quien tiene 51 años y es un reconocido médico de San Luis. De dicha provincia por adopción, de corazón, porque nació en Siria y hace 27 años que vive en San Luis. Indicó que “es una respuesta muy solidaria, muy humana la que tiene la Provincia de San Luis. Me parece muy bien que ayuden, toda ayuda es importante. Pero Argentina y también la provincia debe analizar dónde ubicará a esa gente, cómo los atenderá. Son familias que escapan de la guerra pero que buscan trabajo, sustento. Querrán establecerse y son aspectos a revisar y pensar previamente», dijo Nofal con preocupación.

Estas reflexiones nos llevan a señalar que tanto Autoridades Nacionales, Provinciales, como municipales, deben tener muy presente que posar en las fotos con los inmigrantes es lindo, salir en las cámaras de televisión

también, pero... ¿y ahora? Es un problema de toda Latinoamérica. La ayuda no tiene que ser sólo los primeros meses, no debe decaer. Un refugiado llega al país que le permite entrar muy lastimado, sin trabajo, sin comida, enfermo, en malas condiciones. No puede recibir una ayuda pasajera».

Propuestas

Frente a las múltiples problemáticas que plantea la migración en Argentina podemos indicar posibles vías de reflexión y posterior caminos de soluciones los siguientes items:

1. Procurar una seria reflexión y búsqueda de consenso social, entre Estado-Migrantes-Sociedad en General, sobre la problemática que encierra el movimiento migratorio.
2. La reflexión y el consenso social debe estar fundamentado de la antropología interpersonal, como se ha indicado en diversos congresos. La misma asegura el desarrollo integral y digno de la persona humana, porque rechaza la indiferencia como forma de relación con los demás.
3. Toma de conciencia que no cabe asumir ningún razonamiento, ni lógica xenofóbica como sociedad, ya que Argentina, construyó su identidad nacional fruto de un marco inmigratorio y un sincretismo cultural muy fuerte. Teniendo como banderas el respeto a la libertad, la tolerancia cultural y de ideas.
4. El Estado Nacional, como provincial deberán revisar con responsabilidad sus Políticas Públicas en relación al ingreso de migrantes, los cuales deberán respetar Estado de Derecho y las normas legales que del mismo emanen.
5. En relación a las Políticas Migratorias es necesario que los Estados y Órganos Internacionales, sean “organismos presentes” capaces de generar vías legales y seguras para los migrantes, caso contrario se derivaría hacia vías irregulares e inseguras, donde la vulneración de los derechos humanos corre un grave riesgo.
6. Vinculado al quinto punto, los Estados deben tener presente que toda vez que cierran esa vías segura indicadas ut supra, –las

personas y las organizaciones que lucran con la vía irregular—
encuentran gracias a políticas algunas veces xenofóbicas, el
espacio perfecto porque al cerrar las vías legales y seguras las
únicas que quedan son las irregulares e inseguras.

7. Por último en el marco del MERCOSUR, tanto el estado receptor del flujo migratorio, como el expulsor, deben procurar establecer políticas regionales conjuntas, vinculadas a estrategias de generación de empleo y garantía de la seguridad social para los mismos. No es un estado responsable aquel que por su falta de políticas públicas hace que sus nacionales emigren a otros países, generando con ello un desequilibrio social y económico en el país receptor.

TRABAJO Y MIGRACIONES

DRA. MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR

Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Doctora Honoris Causa por la Universidad Paulo Freire; Académica de honor de la Academia Nicaragüense de Ciencias Jurídicas y Políticas

CONTENIDO

1. Introducción

Cuando se acomete el estudio de un tema se suele acudir a la raíz etimológica de las palabras claves con el fin de ubicar desde el significado de las mismas la materia sobre la cual se pretende hacer la referencia.

Por ello acudimos al Diccionario Enciclopédico donde encontramos sobre

EMIGRAR “Mudar de casa. Dejar una persona el lugar de origen para establecerse en otro país o región temporal o definitivamente por motivos económicos o sociales”¹.

INMIGRAR “Realizar una inmigración. Movimiento inmigratorio que consiste en llegada de personas a un lugar distinto al lugar de origen para establecerse en él”².

¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO LAROUSE Duodécima Edición 2006, Ediciones Larousse, pag.378.

² DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO LAROUSE Duodécima Edición 2006 Ediciones Larousse, pag.563.

La razón de esta consulta es por la diferencia que se hace en la terminología especialmente en algunos países, pero que consultada la definición que tiene la Organización Internacional del Trabajo, de aquí en adelante OIT, a la pregunta de Qué es la migración laboral? la define como “ el movimiento de personas desde el país de origen a otro país con el objeto de trabajar”³.

No obstante, y desde la misma definición etimológica se dan las causas de la migración a la cual es necesario agregar el factor político que se ha convertido en un motivo muy definitivo en el aumento del fenómeno migratorio

Es por ello que a lo largo de este trabajo la referencia será únicamente a migración sin diferencias en el término por cuanto el sentido es igual.

Así las cosas y sin estar ante un fenómeno nuevo, ni muchos menos porque las migraciones se vienen ocurriendo desde los comienzos de la humanidad, desde los pasajes bíblicos en búsqueda de la Tierra Prometida, base precisamente del Conflicto Israelí Palestino. El fenómeno migratorio que no atiende a razas, edades, género, nacionalidades credos políticos o religiosos y que la OIT desde su primera década de existencia hizo que la Conferencia se ocupara del tema adoptando el Convenio 21 de 1926, en cuanto a la Inspección de los Migrantes y en el Convenio 66 de 1939 sobre Trabajadores Migrantes, este Organismo rector de los derechos laborales y de la seguridad social, vuelve a insistir en ello dada la importancia que reviste con el aumento que se registra en el fenómeno que se convierte en un factor demográfico de alta significación.

En el año 1949 mediante el Convenio 97 se revisó el convenio anterior pues ya esos hechos políticos enunciados se convirtieron en evidencias mayores y una consecuencia más de la segunda guerra mundial donde grandes corrientes migratorias se dieron aun entre continentes.

Además, es necesario analizar la variable que se presenta en cuanto a migraciones internas las que se registran en el mismo país, sin que se trate de migraciones internacionales⁴ y como consecuencia de conflictos religiosos, étnicos, políticos y económicos pero que también conlleva

³ www.ilo.org

⁴ MIGRACIONES INTERNACIONALES: un mundo en movimiento bondades y retos de las migraciones. Presentación Roberto Hinestroza Rey pág. 11 Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, 204.

el desplazamiento de grandes núcleos de población del área rural a las grandes ciudades en búsqueda de mejores condiciones de vida especialmente en cuanto a oportunidades de trabajo y estudio, convirtiendo las colmadas urbanas en verdaderos centros de aglomeración donde la calidad de vida no es la más favorable.

Con este esbozo introductorio se pretende presentar un marco que resulta muy amplio para el tiempo breve que se concede pero que abre las posibilidades para estudios mucho más amplios tomando como puntos de inicio los que se dejan plasmados como punto de arranque para la profundización de los temas que a título de solo enunciado se dejan como aporte a la temática propuesta.

Lo que si se da por sentado es el papel protagónico de la OIT que como Foro Internacional que ha mantenido latente su preocupación por el tema y que mediante instrumentos internacionales, Foros, e inclusión de la materia en los Informes para análisis de las Comisiones en las diferentes reuniones anuales de la Conferencia Internacional del Trabajo, ha llamado la atención para que los países Miembros mantengan su alerta en cuanto al crecimiento desproporcionado del fenómeno que para el 2013 y según datos de sus mismos informes, en cuanto a migración laboral se hace referencia a 150 millones de los 232 millones de migrantes internacionales⁵, estas constituyen de por sí, cifras para ser contempladas con detenimiento.

La Organización Internacional de Migraciones de ahora en adelante OIM, creada en 1951, es la única organización intergubernamental de carácter mundial que se dedica a los asuntos migratorios y cuyo objetivo primordial consiste en la promoción de la migración humana ordenada en beneficio de todos los gobiernos y migrantes, cumpliendo el papel de asesor de los mismos.

El propiciar estos encuentros Académicos, permite un intercambio de conocimientos y experiencias sobre los temas que se proponen que permiten análisis comparativos que a su vez pueden generar luces y sugerencias para afrontar los problemas propios a nivel del país convocado, para integrar parte del grupo que se reúne con ese fin.

⁵ MIGRACIONES INTERNACIONALES: un mundo en movimiento Bondades y retos de las migraciones MADELEINE Andenbeng Alingué. Editora Universidad Externado de Colombia OIM. Mayo 2004 pág. 15.

De allí se pueden desprender otros temas que amplíen o complementen los propuestos que van a enriquecer estudios posteriores.

Como se hará a continuación la referencia a otros instrumentos internacionales que amplía el contexto sobre el cual se viene tratando el problema y en especial a las Conclusiones relativas a la gobernanza equitativa y eficaz de la migración laboral adoptadas por la 106^a Asamblea General de OIT en el marco de la Conferencia Internacional que se reunió en Ginebra entre el 4 y el 15 de junio pasado en Ginebra, Suiza.

2. Otros instrumentos internacionales⁶

Además de los ya mencionados nos ocuparemos de las Recomendaciones que no tienen carácter vinculante por emanación directa de la Constitución de la OIT de 1919 que lo expresó directamente frente al carácter vinculante de los Convenios debidamente ratificados que no choquen contra la Constitución Política Nacional, salvo que se trate de derechos fundamentales hoy llamados humanos por referirse al ser humano como tal, que entran a formar parte de la normatividad nacional por el bloque de constitucionalidad.

Las Recomendaciones que junto con los Convenios o de manera aislada son instrumentos de gran relevancia apoyan el Convenio cuando se tramitan y adoptan simultáneamente o se refieren a temas importantes al ser adoptadas de manera aislada.

Reiteramos, no son vinculantes por mandato de la misma Constitución de la OIT. no obstante, los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia que respetamos, pero no compartimos pues la constituyente de este Foro mundial en que se ha convertido la OIT establece que los Convenios debidamente ratificados tienen fuerza de ley una vez pasan el tamiz del examen de constitucionalidad en el país que lo ratifica.

No son pocos los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical que contrariando este precepto quieren a toda costa revestir sus posiciones, no siempre doctas, de calidad vinculante.

⁶ NORMELEX base de datos del Departamento de Normas Internacionales del trabajo que ofrece información sobre las normas internacionales del trabajo.

Recomendación 86 sobre trabajadores reclutados en virtud de migraciones colectivas de con 29 artículos que consagran todas las circunstancias en cuanto a viaje vivienda seguridad social y demás condiciones que se establezcan para este tipo de migración que incluye la protección a las familias.

La Recomendación 195 de OIT de 2004 sobre el desarrollo de los recursos humanos reconociendo que la educación, la formación y el aprendizaje deben ser permanentes y los cambios incorporados en materia de formación profesional y su relación con las políticas de formación profesional y de empleo, el dialogo social o la aplicación del principio de no discriminación.

En 1999 la Comisión de Expertos en su Informe sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, como organismo de Control se refirió principalmente a la necesidad del Diálogo Social.

En el Informe Aplicación de Normas Internacionales del Trabajo ,2011 (II) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones⁷ demuestra la preocupación permanente de este Organismo por el tema de las Migraciones.

A título informativo para posterior consulta por falta de espacio y tiempo se enuncian solamente:

Normas de la OIT específicas sobre trabajadores migrantes⁸
Migración, derechos humanos y gobernanza⁹

Especial mención debe hacerse del Foro interregional de expertos de la OIT reunido en Nueva Delhi el 25 y 26 de julio de 2017 convocado por este Organismo Asesor de Naciones Unidas donde se dieron cita 80] Expertos de 12 Países. para plantear de qué manera la formación es una situación que beneficia a todas las partes tanto empleadores los países de destino como a los trabajadores y el país de origen.

El Foro tuvo lugar después de la 106^a Conferencia Internacional del Trabajo que se reunió en Ginebra en las dos primeras semanas del mes de junio de 2017.

Pacto Mundial para una migración segura, regular y ordenada Este es a no dudar un documento que ha venido siendo analizado

⁷ OIT Oficina Internacional del Trabajo 100a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo,2011 Informe III parte A, Trabajadores Migrantes pág 831.

⁸ Cmsv.org>documentos>OIT-GB.

⁹ OHCHRwww.ohehr.org Publications Migraciones Diálogo Social Alto nivel.

en los diferentes foros y reuniones donde se trata el tema de las Migraciones.

En la 106a Conferencia de OIT se debatió sobre cómo los cambios demográficos obligan a desarrollar políticas coherentes y previsibles de manera de aprovechar el potencial de una migración cualificada frente a la inminente carencia de personal calificado en numerosos países.

En la citada Conferencia sesión la Comisión para la Migración Laboral la cual en sus conclusiones relativas a la gobernanza equitativa y eficaz de la migración laboral señalando que

1. La migración laboral, es una característica de los mercados de trabajo contemporáneos y del futuro del trabajo.
2. La buena gobernanza de la migración laboral puede contribuir al desarrollo sostenible de los países de origen, de tránsito y de destino puede brindar beneficios y oportunidades a los trabajadores migrantes y sus familias.
3. La migración laboral es cada vez más diversa y compleja.
4. Para maximizar los beneficios de la migración laboral y minimizar los riesgos y los costos sociales se requiere una gobernanza adecuada y eficaz de ese tipo de migración.

Habiendo celebrado una discusión general sobre la base del Informe IV, Migración Laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza.

1. Adoptó las siguientes conclusiones:
2. Invita al Consejo de Administración, a la Oficina a que preste a estas conclusiones la consideración debida y oriente a la Oficina Internacional del Trabajo sobre la puesta en práctica de las mismas; y
3. Solicita al Director General que:
 - a) prepare un plan de acción para dar curso a las conclusiones que, será sometido a la consideración del Consejo de Administración;
 - b) trasmita y señale las presentes conclusiones a la atención de las organizaciones internacionales de carácter mundial, regional e internacional pertinentes y las tome en consideración

al hacer aportaciones de la OIT al pacto mundial para una migración segura, ordenada y regula, y c) que tenga en cuenta las presentes conclusiones cuando prepare las propuestas futuras de programa y presupuesto y las lleve a la práctica junto con los aspectos pertinentes de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la medida de lo posible, cuando aplique el Programa y el Presupuesto para el bienio 2018-2019.

Entre los Instrumentos Internacionales las Declaraciones, Informes, Resoluciones son de mucha importancia porque se refieren a los temas que son materia de estudio y trabajo en la Oficina de la OIT que de manera permanente funciona en Ginebra, Suiza como ya se ha anotado.

Especial mención debe hacerse de la Memoria del Director General de la OIT que anualmente presenta a consideración de la Asamblea General que se reúne en la sede de Naciones Unidas en el mes de junio, organismo de administración, en la cual, no solamente da cuenta de las realizaciones del período a que se refiere pero que plantea igualmente asuntos al futuro como agenda de trabajo y que son comentados por los Países Miembros en sus intervenciones ante dicho organismo rector.

3. Migración laboral en América Latina

No es América Latina y el Caribe una excepción a los grandes flujos migratorios que al igual que en las otras partes del mundo se viene incrementando en los últimos años por diversas causa, pero de manera por demás preocupante por la gran complejidad que este fenómeno presenta.

Gloria Moreno –Fontes Especialista Superior re OIT fue entrevistada por TRABAJO¹⁰ a la pregunta de ¿Cuáles son los corredores migratorios más frecuentes en América Latina y el Caribe? Manifestó que en el 2015 el 51% de los migrantes a Estados Unidos procedía de América Latina y el Caribe con lo cual “el sueño americano” sigue siendo un

¹⁰ OIT TRABAJO Revista Número Especial de 2017 Departamento de Comunicación e Información al público, págs 18,19 y 20.

factor decisivo para la búsqueda de mejores oportunidades no obstante las grandes restricciones de ese país en cuanto a evitar estos flujos que provienen de países en vía de desarrollo, especialmente.

Se refirió igualmente a que esto ha dado lugar a la aparición de un complejo sistema de corredores migratorios laborales en particular el que define como “corredores de migración sur-sur-“ que utilizan los trabajadores de Guatemala, Honduras y Nicaragua al migrar a Belice, Costa Rica, y Panamá que se conoce presentan mejores oportunidades de trabajo que en sus países de origen.

Los trabajadores haitianos que se desplazan a República Dominicana, los trabajadores caribeños de diversas nacionalidades que migran a Trinidad y Tobago y las Islas Bahamas.

Los trabajadores bolivianos, ecuatorianos paraguayos y peruanos que desarrollan su labor en Argentina, los haitianos y paraguayos que migran a Brasil con fines laborales y los argentinos que migran a Chile.

De otra parte, vale la pena anotar que otros corredores migratorios se establecieron fuera de esta región a raíz de la crisis financiera del 2008 y los que fueron utilizados por trabajadores bolivianos, ecuatorianos, colombianos y peruanos entre otros trabajadores de América Latina que se desplazan a España, Italia y otros países de Europa Occidental en particular Francia y Suiza.

Con estos flujos migratorios van aflorando característica que merecen especial mención y cuidado como es el aumento de mujeres migrantes en los últimos tres decenios que pueden tener consecuencias serias especialmente en la familia desde el punto de vista sociológico.

Otro fenómeno que aflora es la migración irregular que da paso al trabajo gris donde no se dan las características del trabajo decente en cuanto a salario justo y seguridad social y el aumento de la informalidad.

Esto hace aflorar las grandes dificultades que deben afrontar los gobiernos de América Latina y el Caribe en materia de migración laboral y sin que se trate de una situación nueva no ha sido materia de debate con la profundidad para dar una respuesta en el plano político y social que a largo plazo debe darse y que lleve a la adopción de medidas de gobernanza para que exista una migración segura y ordenada que evite desbordamientos con consecuencias sociales no previstas y de insospechadas consecuencias.

Es preciso tener en cuenta todos los factores pertinentes para el reconocimiento de las competencias de los trabajadores migrantes

así como su contribución al progreso económico y al desarrollo sostenible.

Ante la dolorosa situación que vive la hermana nación de Venezuela, es precisamente cuando se ha evidenciado la importancia que tiene el tener control para evitar el desbordamiento de las consecuencias no previstas, aunque sus inminencias eran muy fáciles de esperar.

Es precisamente por la extensa frontera con este dolido país quien ha recibido un flujo mayor de migrantes que da cuenta de una cifra de un millón de venezolanos que han llegado al territorio colombiano y que aún no se tiene una estadística de cuantos llegaron para quedarse o cuántos de ellos han usado corredores migratorios y que vienen a agravar la situación en el país en donde afloran cifras preocupantes en cuanto al decrecimiento de su economía y al cumplimiento de los grandes compromisos adquiridos con el proceso de paz que ya presenta resquebrajamiento por demás preocupantes.

No obstante y llama poderosamente la atención que la Especialista de la OIT se refiera al Mercosur, del cual se han escuchado tantas y variadas críticas en foros académicos crítica y que no va a ser precisamente en un Seminario como este, donde en presencia de un país tan autorizado para hablar sobre esta práctica y que pueda tomarse como un ejemplo, donde se debata este tema, pero sí que quede como una propuesta de análisis y estudio, que permita establecer si realmente un proceso de integración como el Mercosur ha permitido avances con respecto a la formulación de políticas migratorias y que si bien es cierto y con base en el Dialogo Social dio lugar al nacimiento en 1997 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social del Mercosur que entró en vigencia en junio de 2005 en especial con respecto a los jubilados del Mercosur, cuales son en realidad los resultados y como podría tomarse este modelo en búsqueda de la gobernanza y logro de una migración ordenada y justa.

Es precisamente el punto 10 del Convenio¹¹ en donde en la explicación del punto sobre el principio de igualdad en el trato donde se orienta la importancia de que los migrantes tengan las mismas condiciones de los Migrantes que se convierte en grupos vulnerables de población.

¹¹ OISS Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social Folleto con el sello del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y AECID, www.oiss.org

Se abre con ello la posibilidad de iniciar el estudio de esta factibilidad como una de las formas de afrontar las consecuencias de este fenómeno de la migración en aumento y ya que la OIT viene promoviendo en todo el mundo sistemas de gobernanza de la migración laboral equitativa y basada en derechos, es precisamente América Latina y el Caribe y la situación actual que vive con respecto a la migración laboral, que dirija, mediante cooperación técnica, sus esfuerzos a los países más propicios para esas acciones que deben ser inmediatas.

4. Migración laboral

En las Conclusiones¹² relativas a la gobernanza equitativa y eficaz de la migración laboral adoptada por la Asamblea de la 10ª Conferencia Internacional del Trabajo en Junio de 2017 en el punto sobre las Esferas que requieren especial atención en el punto 7 se consigna la Protección de los trabajadores migrantes e integración en el mercado de trabajo.

Es preciso contar con mercados de trabajo inclusive y resilientes en los países de origen, de tránsito y destino para asegurar oportunidades de trabajo decente tanto a la población migrante como a la nacional, dice el Informe

Se enfatiza que las medidas deben proteger a los trabajadores migrantes de contar con un trabajo decente la aplicación efectiva de los derechos fundamentales hoy humanos porque hacen alusión a la persona humana como tal.

Consagra también el Informe que la protección efectiva de los derechos laborales de los trabajadores migrantes requiere una definición clara del papel que debe asumir la inspección del trabajo con apoyo a los interlocutores sociales.

Migración internacional y el mercado laboral colombiano

A raíz del incremento de la migración de venezolanos al territorio colombiano y por ende al mercado laboral en el país, conviene detenernos en una breve análisis del tema y para ello nos apoyamos en los

¹² OIT www.ilo.org

datos que suministra Redesarrollo publicados por Acrip en el Informe Mensual del Mercado Laboral de Mayo de 2015¹³.

Se afirma que la migración internacional en una gran parte, está relacionada con la búsqueda de trabajo, lo que demuestra el hecho de que el 90% de los migrantes internacionales este constituido por trabajadores y sus familias

Colombia no ha sido una excepción a este fenómeno acrecentado en los dos últimos años por el recrudescimiento de la situación política y social del país hermano de Venezuela, tema que no se ha tenido en cuenta en la generación de políticas públicas donde el tema ha sido completamente ajeno a los debates como tampoco ha sido materia de discusión la inserción de los grupos desmovilizados como consecuencia de los acuerdos de paz que están señalando la necesidad urgente de adoptar políticas públicas que permitan afrontar dos tipos de migración internacional e interna que no fueron consideradas en su dimensión a pesar de la proximidad que se veía venir con el acrecentamiento de la situación conflictiva en Venezuela y los avances en las conversaciones de paz.

Costos y beneficios de la migración internacional

Uno de los debates más fuertes en los últimos años se ha dado alrededor del impacto de la migración en el mercado laboral y como resultado de ellos se obtienen factores positivos y negativos¹⁴ de la migración internacional en dicho mercado, analizado en tres sentidos en cuanto al individuo y en cuanto al país de origen y el país de destino (OIT, 2014)” Costos y beneficios de la migración internacional.

En cuanto al INDIVIDUO y en referencia al empleo como factor positivo, la mejora del salario, negativo el sub empleo en el país receptor.

Para el PAÍS DE ORIGEN, positivo la recepción de remesas, externalidades en educación, pobreza y desarrollo social.

Como factor negativo, fuga de cerebros limitando el crecimiento.

PAÍS DE DESTINO, positivo, crecimiento y desarrollo económico, competencia para trabajos de baja calificación.

¹³ FEDESARROLLO-ACRIP Informe Mensual del Mercado Laboral mayo 2015 pág. 3.

¹⁴ ACRIP-FEDESARROLLO Informe Mensual del Mercado Laboral mayo 2015 pág. 4.

En el mismo orden, mejora del bienestar, educación, salud, reducción de la pobreza

Sujeto al abuso. (individuo)

Reduce la oferta laboral

Escasez laboral trabajadores altamente calificados (país de origen)

Alivia el envejecimiento poblacional

Presión a la baja salarial (país de destino).

En el individuo, mejores retornos a las habilidades y educación (positivo)

Costos / regulación en materia de migración.

En el país de origen, como factor positivo, circulación intelectual y en el país receptor como positivo, satisfacer necesidades/ escasez de habilidades.

¿Que sabemos realmente de la migración en Colombia? Se puede hablar de olas migratorias y es así como al referirse a la de los años sesenta, los flujos han tenido comportamiento diferente.

En la segunda mitad del siglo xx hubo un éxodo masivo de personas en búsqueda de mejores oportunidades laborales fuera del país y como consecuencia de la rápida extensión del negocio de tráfico de drogas.

Otro factor donde se han marcado diferencias es cuanto al sexo que presenta una mayor migración masculina hacia países de explotación petrolera y femenina hacia Estados Unidos, España, Italia y Reino Unido para trabajos domésticos con repercusiones negativas en la familia y la educación de los hijos.

A comienzos del siglo XXI, la migración neta en Colombia tuvo un aumento considerable y se estabilizó en cerca de 120.000 personas De acuerdo con Cárdenas y Mejía (2006) durante la crisis de 1999 se presentó una salida neta de colombianos de cerca de 224 mil personas mientras que el ingreso de extranjeros al país fue 0.,,no obstante esa huida de colombianos no solamente por factores económicos sino por factores de violencia e inseguridad en el país que decrece en el 2002 con el mejoramiento de los factores políticos y de seguridad generados por el programa de seguridad ciudadana propiciados en el primera gobiernos del Presidente Álvaro Uribe Vélez.

Los estudios de UNAD (2010) la migración a nuestro país ha estado concentrada principalmente aproximadamente el 80% del cual el 95% de personas llegan a desempeñar altos cargos. Esto

podría genera el aspecto positivo de externalizar la mayor educación que aportar, pero deja igualmente al descubierto deficiencias en la educación con baja formación de profesionales o que estos bien formados salen del país en busca de mejores oportunidades que no encuentran en el país nativo.

Reflexiones finales

La migración internacional es un tema importante para el diseño de políticas públicas, dadas las consecuencias que tiene a nivel no sólo económico sino social y demográfico.

A nivel mundial global, la migración sigue focalizada en economías desarrolladas.

Una ojeada por países europeos como España e Italia donde su proximidad a las costas africanas que utilizando las aguas del Mediterráneo llegan en pateras en condiciones verdaderamente infrahumanas oleadas de migrantes que vienen a acrecentar el problema del desempleo que en porcentajes preocupantes aumentan, así como temas de seguridad y la repercusión en los servicios sanitarios de estos países.

No ha sido fácil para estos países, cumplir con las cuotas que les fueron asignadas por directivas europeas con la obligación de recepcionar migrantes especialmente provenientes del Medio Oriente por razones políticas religiosas y de conflictos que viven esos países y las extremas pobreza de países africanos.

El MUNDO de Madrid del Lunes 3 de Julio de 2017¹⁵ trajo un titular “ Zoido prevé que la UE baje la cuota de refugiados a 7.000” y donde el ministro del Interior, Juan Ignacio Zoido ,reveló que la Unión Europea rebajará ostensiblemente la cifra de personas refugiadas que España deberá acoger antes del mes de septiembre en torno a 7.000 o 7500 y no a más de 17.000 pero la cifra ha bajado no porque España la haya bajado, sino porque la ha bajado la UE.

Esta noticia evidencia que para los países de la UE la cuota que les fue impuesta por Directiva de la Unión está resultando muy difícil de cumplir no sólo por el aumento inusitado del fenómeno sino porque

¹⁵ EL MUNDO de Madrid, lunes 3 de Julio de 2017 Sociedad /Ciencia pág. 34.

esos países no han terminado de resarcirse de los efectos de la crisis financiera de 2008.

Esta alusión a la situación de otro continente tiene por objeto enfatizar que si países con economías sólidas se pronuncian frente a las dificultades para cumplir las cuotas que les fueron impuestas, pensemos en la situación que para un país como Colombia que afronta el tema de los desmovilizados representa la llegada de un millón de migrantes provenientes de Venezuela que no solamente hemos acogido en gesto de solidaridad sino que ya el Gobierno dictó normas para facilitar la permanencia de los venezolanos en forma regular en nuestro país inclusive con posibilidades de ingreso al sistema de salud que vale la pena anotar se encuentra colapsado en estos momentos por la desaparición intempestiva de dos EPSs.

Esto sin contar lo que representará para el mercado de trabajo y lo en las tasas de desempleo que presentan cifras preocupantes. Es fácil prever que para Colombia no se esperan momentos fáciles en cuanto al problema de la migración proveniente de Venezuela a la cual por simples razones de humanidad no se le puede cerrar la puerta.

5. El futuro del trabajo¹⁶

Desde la 18ª Reunión Regional de las Américas que se llevó a cabo en Lima en octubre de 2014, el Director General de la OIT, Guy Ryder y mediante este slogan alerto al mundo como a consecuencia de los grandes cambios en el mundo del trabajo como hecho cumplido era preciso volcar la mirada hacia el futuro y en especial al Trabajo Decente en busca de una justicia social y respeto por los derechos humanos.

Reunidos en el V Congreso Iberoamericano y Europeo en Cuenca España, el 8 y 9 de Noviembre de 2016 convocados por UNED y el ILTRAS Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 32 ilustres Profesores Investigadores provenientes de las mejores Universidades de las regiones convocadas debatieron sobre

¹⁶ MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR, (coord.) El Futuro del Trabajo. Análisis jurídico y socio económico. Prólogo de Fernando Valdés Dal Re, Editorial Alderabán Cuenca 2017.

los problemas del futuro del trabajo que dio lugar a la obra citada como una contribución a lo que se ha convertido en el debate actual por sus grandes implicaciones en los aspectos que fueron analizados en las 662 págs. de que consta el libro.

Conclusiones

Sin estar en presencia de un fenómeno nuevo las Migraciones Laborales se ha incrementado notablemente en los últimos años, no solamente por la globalización, la internacionalización de las economías, los tratados de libre comercio, crisis económica, sino que la conflictividad en el mundo se ha venido en aumento por razones políticas, sociales y económicas incidiendo en la movilidad de los seres humanos e inclusive de las empresas.

La ausencia en muchos casos de políticas de estado, no permiten afrontar las consecuencias negativas del fenómeno para contrarrestar esos efectos.

Es necesario potencializar los efectos positivos de las migraciones laborales que tanto inciden en el trabajo para optar por el mejoramiento de conocimientos, procedimientos e inventiva de los trabajadores migrantes que aporten al mercado de trabajo.

La protección social de los trabajadores migrantes debe ser materia de atención especial para respetar el derecho a la igualdad de trato en todos los aspectos.,

Incentivar el emprendimiento y la innovación para que los migrantes laborales obtengan fuentes de ingreso que les permitan insertarse en los países receptores y que no incidan en el aumento de las tasas de desempleo.

Como existe la migración de gentes de bien también se da el fenómeno de migración de indeseables que vienen a aumentar los fenómenos de violencia e inseguridad que se viven en las grandes ciudades que son precisamente las escogidas por las corrientes migratorias.



LAS MIGRACIONES LABORALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

DRA. RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España)

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DE LAS MIGRACIONES EN LA SEGURIDAD SOCIAL
2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES
3. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL
 - 3.1. El principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros
 - 3.2. El principio de reciprocidad entre Estados
 - 3.3. El principio de conservación de derechos adquiridos
 - 3.4. El principio de mantenimiento de derechos en curso de adquisición
 - 3.5. El principio de cooperación entre Estados
4. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO COMUNITARIO
 - 4.1. Igualdad de trato
 - 4.2. Totalización
 - 4.3. Aplicación de una sola legislación
 - 4.4. Exportabilidad
 - 4.5. Ámbito subjetivo de aplicación
 - 4.6. Ámbito material de aplicación
 - 4.7. Modernización del sistema
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción: el impacto de las migraciones en la seguridad social

El fenómeno migratorio suele estar motivado en la necesidad de los extranjeros inmigrantes de realizar una actividad laboral. Precisamente esa realidad es la que, desde una perspectiva general, permite vincular la Seguridad Social con los trabajadores migrantes. Al mismo tiempo, y desde una perspectiva particular, el incremento de la inmigración hace que la protección de Seguridad Social en favor del trabajador extranjero se convierta en un tema de creciente actualidad en el ámbito estatal y también en el ámbito supra-estatal¹.

El conflicto jurídico en este campo viene dado por tres factores principales, como son, la globalización, la crisis económica y los problemas de los asilados y refugiados². El segundo factor, el relativo a la crisis económica, conlleva la crisis del empleo, lo que hace situar a los inmigrantes en una situación vulnerable o en riesgo de exclusión social, en la medida en que se reducen sus oportunidades de empleo y, por tanto, empeoran sus condiciones de vida, de trabajo y de Seguridad Social; por no mencionar las situaciones discriminatorias que pueden padecer.

En efecto, la crisis económica está propiciando que la Unión Europea adopte medidas de política migratoria defensivas, en el sentido de más restrictivas para admitir extranjeros, y más favorecedoras de la expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes.

El desplazamiento de personas conduce hacia un flujo migratorio en dirección a los países donde existe un crecimiento económico y un mercado de trabajo expansivo. En este sentido, como acertadamente ha afirmado el prof. MONEREO PÉREZ, “Europa es un continente de inmigración”³. De este modo, los flujos migratorios se mueven hacia países en expansión, al mismo tiempo que los países de acogida de las personas migrantes no garantizan a estos últimos, la posibilidad efectiva de disfrute de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los derechos de Seguridad Social.

¹ RUBIO VELASCO, F.: “Movimientos transnacionales de trabajadores y derechos de Seguridad Social”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., DURAÑA BERNARDINO, M.: *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 454.

² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, BIB 2016/760.

³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

Como sabemos, los derechos humanos son derechos de inclusión. Desde ese punto de vista, coadyuvan a la integración a través de los derechos. Por eso, la Seguridad Social es un factor de integración de las personas migrantes, cualquiera que sea su condición.

En la presente ponencia para el Congreso sobre “Migraciones y su transversalidad”, al tratarse de un Congreso internacional y europeo con carácter interdisciplinar, he considerado oportuno centrarme en los ámbitos internacional y europeo de Seguridad Social, en vez de tratar el impacto de las migraciones en el sistema español de Seguridad Social. A continuación se analizan los principales instrumentos jurídico-normativos y los principios informadores de cada uno de esos sistemas, para terminar haciendo una valoración de conjunto en las conclusiones finales.

2. El derecho a la seguridad social de los trabajadores migrantes

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) es considerada con carácter general, el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Conforme al art. 22 de la Declaración Universal mencionada, «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1966) concreta este derecho proclamado por el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponiendo que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social» (art. 9 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1966)). A su vez, tal disposición se completa con otros preceptos que reconocen aspectos parciales de este derecho, como el relativo al más alto nivel posible de salud física y mental, o la protección a la familia.

El reconocimiento del derecho de toda persona a la Seguridad Social orienta las medidas que cada Estado utilice para proporcionar

las prestaciones de Seguridad Social, en el sentido de garantizar a toda persona un disfrute mínimo del derecho humano mencionado⁴.

Por su parte, la «Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias»⁵, es un instrumento esencial de las Naciones Unidas de cara a que queden garantizados un conjunto de derechos sociales de Seguridad Social, como lo son, entre otros, los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares a la atención médica urgente en condiciones de igualdad de trato, al acceso a los servicios sociales y de salud en pie de igualdad con los nacionales del Estado de empleo, o respecto de las prestaciones por desempleo⁶.

No obstante lo anterior, conviene precisar que los principios de protección de Seguridad Social aplicables a los trabajadores extranjeros solo son predicables de aquellos que se encuentren en situación regular, quedando desprotegidos los extranjeros que trabajen en situación irregular.

LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Frente a los originarios sistemas de Seguridad Social cuyo ámbito subjetivo de beneficiarios se encontraba reducido a los nacionales de los Estados que los establecían, ese ámbito se ha ido ampliando con el tiempo, a partir del principio de reciprocidad previsto en los Convenios bilaterales que protegen a los nacionales que emigren hacia los Estados con los que se firma el Convenio.

Como principios informadores de la protección en materia de Seguridad Social en el ámbito internacional destacan los siguientes:

⁴ Así se prevé en la Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas n° 19.

⁵ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada, con rango de Tratado de la ONU, el 18 de diciembre de 1990 (entró en vigor el 1 de julio de 2003).

Los países que han ratificado la Convención, por el momento, son principalmente Estados de origen de los flujos migratorios. De ahí la crítica de MONEREO PÉREZ (“Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.), que afirma que “la no ratificación por las grandes potencias mundiales y, en general, por los Estados desarrollados receptores de personas migrantes supone una ruptura de las reglas de juego en la gobernanza internacional de las migraciones”.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

3.1 El principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el principio de igualdad de trato significa que cada Estado debe conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los Tratados y Convenios Internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

Este principio se acoge en los Convenios, bien estableciendo la igualdad absoluta de trato para trabajadores extranjeros; bien estableciendo un régimen de reciprocidad entre los Estados que lo hayan ratificado y solo obligan al respeto de los extranjeros que sean procedentes de los países que ratificaron dicho Convenio⁷.

El Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social adopta como premisa fundamental la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes para protegerlos, como mínimo, igual que los nacionales, y para que, como consecuencia de la migración, no vean disminuidos ni pierdan sus derechos adquiridos o en vías de adquisición⁸. Siguiendo esa premisa de Derecho Internacional, los Convenios y Tratados internacionales (suscritos también por España) en materia de Seguridad Social incorporan la obligación de garantizar el disfrute de todas las personas inmigrantes a las prestaciones de Seguridad Social, consagrando el principio de igualdad de trato⁹.

El principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros se refiere tanto a los beneficios de la Seguridad Social, como a las cargas que deberán soportar, así como a las condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones. No obstante, existen límites respecto a las prestaciones no contributivas, y a ciertas condiciones mínimas de residencia previa¹⁰ en el Estado que las concede.

⁷ ÁLVAREZ CORTES, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 59.

⁸ RUBIO VELASCO, F.: "Movimientos transnacionales...", op. cit., pág. 457.

⁹ Más detalladamente, MONEREO PÉREZ, J. L. ("Los derechos de Seguridad Social...", op. cit.), que hace referencia a los Convenios OIT, núm. 19, 29, 48, 97, 102, 105, 118, 128, 143 y 157, y asimismo a los Tratados bilaterales y multilaterales en materia de Seguridad Social celebrados entre los países de acogida y los países emisores de flujos migratorios.

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y PRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Servicio de publicaciones del MTSS, Madrid, 1982, págs.. 58-59.

El requisito de la nacionalidad está siendo revisado en el ámbito jurídico de la Seguridad Social tanto internacional como estatal, con el fin de que la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social no quede limitado a los trabajadores extracomunitarios que residen en países de acogida (especialmente en Estados miembros de la Unión Europea). No obstante, cuando se establece el principio de igualdad de trato “sin condición de nacionalidad”, se exige que los trabajadores migrantes tengan regularizada su situación en el país de acogida, con las correspondientes autorizaciones administrativas”¹¹.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que no debe existir una discriminación basada solo en razones de nacionalidad, sino que la diferencia de trato debe estar basada en razones justificadas, objetivas y razonables¹².

Para un sector de la doctrina, resulta imprescindible abandonar asimismo la excepción al principio de igualdad de trato en función de que se trate de trabajadores de países terceros que no residen legalmente en el territorio del país de acogida¹³. No obstante, se reconoce la separación existente en la actualidad entre las grandes Declaraciones jurídico-formales y textos internacionales y los derechos positivos de los Estados, lo que se califica como “una fractura en cierta medida calculada institucionalmente para crear un estatuto jurídico propio del trabajador irregular”¹⁴. Al respecto, se aporta como ejemplo, la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), sobre «Pisos» (o niveles) de protección social¹⁵, la cual afirma «que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano», por un lado, y por otro, afirma la necesidad de establecer «Estrategias nacionales para extender la Seguridad Social»¹⁶.

3.2. El principio de reciprocidad entre Estados

A partir de la firma del Convenio n° 97 de la OIT, sobre los trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949, se reguló con carácter general este

¹¹ ÁLVAREZ CORTES, J. C.: *La Seguridad Social...*, op. cit., pág. 62.

¹² STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966.

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

¹⁵ OIT: *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, Cuarto punto del orden del día Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OT, 2011.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

principio, en virtud del cual, el país de origen del trabajador extranjero deberá ofrecer una protección equivalente al trabajador emigrante del país firmante del Convenio. En este principio, la igualdad de trato parte de la existencia de distintos ordenamientos jurídicos para personas en situaciones semejantes.

3.3. El principio de conservación de derechos adquiridos

El principio de conservación de derechos adquiridos se dirige a la conservación de aquellos derechos ya perfeccionados por el trabajador. De este modo, el Sistema nacional de Seguridad Social protege tanto a los nacionales como a los que emigran hacia los Estados con los que se firma el Convenio bilateral o multilateral. Conforme al principio mencionado, los trabajadores migrantes se verán beneficiados por las prestaciones que tienen reconocidas, cuando cese su residencia en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

Este principio opera respecto de las prestaciones contributivas, mientras que para las asistenciales, se exigirá la residencia en el país que las otorga, dada su financiación por medio de impuestos en el país que las concede.

3.4. El principio de mantenimiento de derechos en curso de adquisición

Este principio pretende que el migrante afiliado sucesivamente a diversas legislaciones, pueda conservar los derechos en vías de adquisición, de modo que se tengan en cuenta todos los períodos útiles de calificación de actividad profesional o de residencia, a efectos del reconocimiento de los derechos y el cálculo de las prestaciones. Así sucede, por ejemplo, cuando falta parte del período de cotización previa en una prestación de Seguridad Social determinada.

Dado que los sistemas contributivos requieren del cumplimiento de un período previo de cotización, los Convenios Internacionales suelen prever mecanismos para ajustar los períodos de residencia y cotización, bien mediante su totalización, o bien computándolos para la adquisición de derechos cuando se produzca el hecho causante. La solución más

frecuentemente adoptada está basada en el principio “pro rata temporis”, según el cual el pago se lleva a cabo en cuantía proporcional a los períodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

3.5. El principio de cooperación entre Estados

Para coordinar las legislaciones sobre la Seguridad Social, se exige la colaboración administrativa internacional, entre los órganos competentes de cada Estado miembro, de cara a la aplicación de dichas legislaciones coordinadas. Así se refleja en los Convenios OIT sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) de 1925 (nº 19), sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935 (nº 48) y sobre la igualdad de trato (Seguridad Social), de 1962 (nº 118). Este principio es instrumental, y su finalidad es garantizar los derechos de los migrantes en materia de Seguridad Social.

4. La protección de seguridad social en el ámbito comunitario

El art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el siguiente contenido: “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Por tanto, se parte de la inclusión de los trabajadores inmigrantes en el Sistema de Seguridad Social para prestaciones contributivas y

no contributivas, que, a su vez, es consecuencia de la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea, en el marco de una economía de mercado tendente al pleno empleo y al progreso social (art. 45 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Dado el grado de interdependencia existente entre las economías de los Estados miembros que se deriva de la Unión Europea, es probable que la protección social evolucione, pasando a tener mayor relevancia para los Estados miembros, a los que interesa hacer un planteamiento común, al encontrarse todos los Estados con problemas semejantes, como son el envejecimiento demográfico y exigencia común de niveles de cobertura más apropiados¹⁷.

Como vemos, en comparación con las normas internacionales anteriormente analizadas, el régimen protector de los trabajadores nacionales de países miembros de la Unión Europea, es distinto al de extranjería en sentido estricto. El régimen comunitario de protección social parte del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación en materia de titularidad y disfrute de los derechos de Seguridad Social, en virtud del Reglamento (UE) n° 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, y en concordancia con la atribución del derecho fundamental de libre circulación en el espacio europeo.

Como destaca MONEREO PÉREZ¹⁸, la diversidad de sistemas nacionales de Seguridad Social en Europa no se ha gestionado armonizando las legislaciones nacionales reguladoras de prestaciones de Seguridad Social, sino que se ha optado por la técnica de coordinación comunitaria de las prestaciones de Seguridad Social: Reglamentos (UE) n° 883/2004, de 29 de abril y n° 987/2009, de 16 de septiembre, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

No ha habido armonización legislativa comunitaria en materia de regulación de las prestaciones de Seguridad Social, por lo que, en su defecto, ha operado la coordinación intracomunitaria como técnica

¹⁷ MANRIQUE LÓPEZ, V. F.: “La normativa comunitaria actualmente vigente en el llamado Derecho europeo de la Seguridad Social”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, enero-junio 2006, pág. 99.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

legislativa instrumental que permite evitar los impedimentos a la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la Unión Europea¹⁹.

El Reglamento (UE) n° 883/2004²⁰ establece el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión Europea que residan en alguno de los Estados que la componen. Junto a ese principio de igualdad de trato se encuentra el principio de coordinación, que facilita la totalización de períodos de cotización para que se generen los derechos de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones, lo que favorece el derecho a la conservación de los mismos y su exportación.

Por otro lado, dicho Reglamento (UE) n° 883/2004 no es aplicable a los trabajadores nacionales de terceros países no comunitarios, aunque residan y trabajen legalmente en el territorio de los Estados miembros.

Los principios fundamentales están recogidos en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

Dado que cada Estado miembro sigue siendo libre de perfilar su sistema de Seguridad Social de forma independiente, el Reglamento de coordinación sirve para determinar en qué sistema nacional debe estar asegurado un ciudadano de la Unión en caso de que pueda tratarse de dos o más países. En general, la prestación de la cobertura de Seguridad Social corresponde al país en el que trabaje la persona o, en ausencia de empleo, al país de residencia. En el marco del campo de aplicación personal y del campo de aplicación material, el Reglamento sustituye a cualquier Convenio de Seguridad Social que vincule: a) ya sea exclusivamente a dos o varios Estados miembros; b) ya sea al menos a dos Estados miembros y uno o varios otros Estados, siempre que se trate

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

²⁰ Posteriormente tuvo lugar su modificación por el Reglamento (CE) n° 988/2009 y su desarrollo mediante el Reglamento (CE) n° 987/2009 (Reglamento de aplicación), con el que se perseguía aclarar los derechos y obligaciones de las diversas partes interesadas, ya que define las medidas necesarias para que las personas cubiertas puedan viajar, permanecer o residir en otro Estado miembro sin perder sus derechos en materia de Seguridad Social.

de casos en cuya resolución no haya de intervenir ninguna institución de uno de estos últimos Estados.

El Reglamento de coordinación se basa en los principios fundamentales siguientes²¹:

4.1. Igualdad de trato

Los trabajadores por cuenta ajena o propia de otros Estados miembros tienen los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos del país de acogida. El derecho a la igualdad de trato es aplicable a todo trabajador por cuenta ajena o propia procedente de otro Estado miembro que haya residido en el Estado de acogida durante un determinado período de tiempo. Para cumplir el principio de igualdad de trato deben darse tres condiciones: equivalencia de hechos, totalización de períodos y conservación de derechos²².

Por otra parte, si en un Estado miembro se imputan efectos jurídicos a la concurrencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo la de sufrir una enfermedad, o al disfrute de prestaciones de Seguridad Social (por ejemplo, que aquellas personas que reciban una prestación de desempleo tengan derecho a pagar menos impuestos), dicho Estado ha de tener en cuenta circunstancias semejantes, o el disfrute de prestaciones semejantes, que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio²³.

4.2. Totalización

Este principio garantiza que se tomen en consideración los períodos previos de seguro, empleo o residencia en otros países para el cálculo de las prestaciones de los trabajadores. Este principio resulta aplicable, por ejemplo, en aquellos casos en que la legislación nacional exija que

²¹ Seguimos la exposición realizada por SCHMID-DRÜNER, M.: “La cobertura de seguridad social en otros Estados miembros de la Unión”, en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea* 06/2017. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.4.html

²² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

²³ SCHMID-DRÜNER, M.: “La cobertura de seguridad social...”, op. cit.

un trabajador haya estado asegurado o empleado durante un período de tiempo concreto previo a generar el derecho a determinadas prestaciones.

Conforme a este principio, el Estado miembro con competencia para determinar si un trabajador cumple los requisitos establecidos con respecto a la duración del período de seguro o de empleo, debe considerar los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro²⁴. Con ese objetivo se prevé la totalización de periodos y la cláusula *pro rata temporis*.

Estamos ante la ficción jurídica de que los requisitos, todos ellos, se produjeron en el territorio del Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social es aplicable²⁵.

4.3. Aplicación de una sola legislación

El objetivo de este principio es impedir que se puedan obtener ventajas indebidas por ejercer el derecho a la libre circulación de trabajadores. Cada beneficiario está cubierto por la legislación de un solo país y paga sus cotizaciones únicamente en ese país. El hecho de cotizar a los sistemas de Seguridad Social obligatorios en dos o más Estados miembros durante el mismo período de seguro no da derecho a percibir varias prestaciones de la misma naturaleza. A sensu contrario, sí procedería la acumulación de prestaciones en el caso de que tengan diversa naturaleza o hagan referencia a períodos de seguro diferentes²⁶.

Ante el silencio del Reglamento para ofrecer una definición de las prestaciones de la misma naturaleza, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que ha de entenderse por prestaciones de Seguridad Social de la misma naturaleza, aquellas cuyo objeto y finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean sustancialmente idénticos²⁷.

²⁴ SCHMID-DRÜNER, M.: “La cobertura de seguridad social...”, op. cit.

²⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit.

²⁷ SSTJUE de 11 de agosto de 1995, asunto Schmitz, C-98/94; de 12 de febrero de 1998, asunto Cordelle, C-366/96; y de 28 de mayo de 2014, asunto Wiering, C-347/12.

4.4. Exportabilidad

Este principio significa que las prestaciones de Seguridad Social pueden percibirse en todo el territorio de la Unión. Se prohíbe que los Estados miembros reserven el pago de prestaciones a las personas que residan en ellos.

Este principio no resulta de aplicación a todas las prestaciones sociales. En este sentido, se prevén normas especiales en relación con el desempleo.

4.5. Ámbito subjetivo de aplicación

Inicialmente, el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 solo era aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, pero, con posterioridad, desde el 1 de julio de 1982, su ámbito de aplicación se amplió alcanzando también a:

- Los trabajadores por cuenta propia.
- Las familias de ambos tipos de trabajadores y a las personas que estén a su cargo.
- Los apátridas y los refugiados.
- Los funcionarios²⁸.
- Los estudiantes y a las personas sin empleo remunerado²⁹.
- Los nacionales de terceros países, siempre que residan legalmente en el territorio de la Unión³⁰.
- Los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión y en situación transfronteriza (que, debido únicamente a su nacionalidad, no estaban cubiertos por los Reglamentos anteriores³¹). La cobertura se aplica ahora también a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, si se encuentran en la Unión.
- Los trabajadores fronterizos, que trabajan por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y residen en otro Estado miembro

²⁸ Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998.

²⁹ Reglamento (CE) n.º 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999.

³⁰ Reglamento (CE) n.º 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003.

³¹ Reglamento (UE) n.º 1231/2010, en vigor desde enero de 2011.

al que regresan normalmente a diario o al menos una vez por semana.

- Respecto de los trabajadores desplazados, su situación resulta peculiar en la medida en que no se integran en el mercado de trabajo del Estado miembro receptor, sino que la empresa contratante es la que les asigna un destino temporal en dicho Estado. De ahí que, respecto de la Seguridad Social, siguen asegurados en su Estado miembro de origen por un máximo de veinticuatro meses, pudiendo obtener en el Estado miembro de residencia únicamente prestaciones en especie por enfermedad.

4.6. **Ámbito material de aplicación**

Según el Reglamento (CE) n° 883/2004, cuyo contenido estamos analizando, las prestaciones de Seguridad Social incluidas en el mismo son las siguientes:

- Prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas, lo que, sin embargo, no incluye la asistencia social y sanitaria con control de recursos por no depender esta de cotizaciones anteriores al sistema de Seguridad Social³².
- Prestaciones de vejez, de supervivencia y de invalidez.
- Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.
- Subsidios de defunción.
- Prestaciones de prejubilación.
- Prestaciones de desempleo.
- Prestaciones familiares.
- Prestaciones especiales en metálico no contributivas no exportables, en virtud del artículo 70 del Reglamento de coordinación.

Algún sector de la doctrina ha destacado la existencia de “una peligrosa tendencia hacia la devaluación del derecho de libre circulación y residencia en el ámbito de la UE para quienes carecen de trabajo”³³,

³² SCHMID-DRÜNER, M.: “La cobertura de seguridad social...”, op. cit.

³³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social...”, op. cit. Se apoya en la STJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13.

en la medida en que se admite la exclusión de nacionales de un Estado miembro sin actividad económica que residan en el territorio de otro Estado miembro, de las prestaciones especiales en metálico no contributivas en virtud del Reglamento (CE) n° 883/2004.

4.7. Modernización del sistema

Desde 1971, el Reglamento (CEE) n° 1408/71 ha sido modificado en numerosas ocasiones para tener en cuenta la evolución de la Unión Europea, los cambios en las legislaciones nacionales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A. Hacia una mejor coordinación de los sistemas de Seguridad Social

En abril de 2004, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento (CE) n° 883/2004, por el que se sustituía el Reglamento (CEE) n° 1408/71. Aunque el nuevo Reglamento de coordinación se basa en los mismos cuatro principios del Reglamento (CEE) n° 1408/71, pretende simplificar las normas vigentes de la Unión en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, reforzando la cooperación entre las instituciones de Seguridad Social y mejorando los métodos de intercambio de datos entre estas.

Conforme al Reglamento (CE) n° 883/2004 y su Reglamento de aplicación³⁴, obtienen mayor relevancia los principios de igualdad de trato y de exportabilidad de las prestaciones, al tiempo que se incrementan los derechos de los asegurados, mediante la ampliación de la cobertura personal y material con respecto a los ámbitos de la Seguridad Social cubiertos.

Por otro lado, se introduce el principio de buena administración, en el sentido de que las instituciones de los Estados miembros están obligadas a cooperar entre sí y a prestarse asistencia mutua en beneficio de los ciudadanos. Para lograr ese fin, se crea un sistema especial que permite el intercambio seguro de datos e información sobre Seguridad Social, entre instituciones nacionales. Su plena aplicación se prevé para mediados de 2019.

³⁴ Reglamento (CE) N° 987/2009 del Parlamento Europeo Y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

B. Tarjeta sanitaria europea

Los ciudadanos europeos que viajen dentro del Espacio Económico Europeo pueden utilizar la tarjeta sanitaria europea, que es expedida por las entidades de seguro médico del país de la persona asegurada. Consiste en un documento personal e intransferible que acredita el derecho a recibir las prestaciones sanitarias que resulten necesarias, desde un punto de vista médico, durante una estancia temporal en el territorio del Espacio Económico Europeo o Suiza, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración de la estancia prevista, de acuerdo con la legislación del país de estancia, independientemente de que el objeto de la estancia sea el turismo, una actividad profesional o los estudios. A continuación, los costes son reembolsados por el sistema de Seguridad Social del país de la persona asegurada.

La Tarjeta Sanitaria Europea no es válida cuando el desplazamiento tenga la finalidad de recibir tratamiento médico.

C. Derechos complementarios de pensión

Aprobada la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, la misma solo se aplica a los regímenes de pensión del mercado de trabajo y, por lo tanto, no se aplica a las contribuciones voluntarias a los regímenes individuales de pensión ni a las pensiones estatales, que se rigen por el Reglamento (CE) n° 883/2004, de coordinación.

La Directiva mencionada establece que los períodos de carencia no deberán rebasar los tres años y que los derechos de pensión consolidados de los trabajadores salientes³⁵ pueden permanecer en el régimen en que se hayan consolidado («derechos de pensión latentes³⁶») o abonarse al trabajador en forma de capital. Los derechos de pensión latentes deben

³⁵ La Directiva define, en su art. 3, al “trabajador saliente” como un afiliado activo cuya relación laboral actual finaliza por una razón distinta al hecho de que puede optar a una pensión complementaria y que se desplaza entre Estados miembros

³⁶ Se definen por el art. 3 Directiva mencionada como los derechos de pensión adquiridos mantenidos en virtud del régimen en el que han sido acumulados por un beneficiario diferido.

tratarse conforme al valor de los derechos de los afiliados activos o las prestaciones que se paguen en ese momento.

En caso de que un trabajador saliente no haya adquirido aún derechos de pensión consolidados cuando haya finalizado la relación laboral, el régimen complementario de pensión reembolsará las contribuciones abonadas por el trabajador saliente.

5. Conclusiones

En el presente trabajo se han analizado los principios generales que rigen en la protección en materia de Seguridad Social para los migrantes laborales, en los ámbitos internacional y comunitario.

En ambos ámbitos, internacional y comunitario, se hace referencia a determinados principios, como el de igualdad de trato, el de conservación de los derechos adquiridos o en vías de adquisición, el de la totalización de los períodos de cotización y el de la exportabilidad de las prestaciones, entre otros. De ese modo, queda patente que no faltan normas que garanticen los derechos de Seguridad Social en el ámbito internacional y comunitario mencionados.

Las normas protectoras vigentes vienen exigiendo, como requisito previo de aplicabilidad, la nacionalidad y la situación administrativa regular de los trabajadores migrantes. No se ha producido una armonización de las legislaciones nacionales en materia de prestaciones, sino tan solo una coordinación entre las legislaciones nacionales, por lo que el esfuerzo realizado hasta ahora es loable pero insuficiente.

Bibliografía

ÁLVAREZ CORTES, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 59.

MANRIQUE LÓPEZ, V. F.: “La normativa comunitaria actualmente vigente en el llamado Derecho europeo de la Seguridad Social”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, enero-junio 2006, págs. 99-115.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, BIB 2016/760.

- OIT: Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, Cuarto punto del orden del día Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OT, 2011.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y PRAVO-FERRER, M.: “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas”, Servicio de publicaciones del MTSS, Madrid, 1982, págs.. 58-59.
- RUBIO VELASCO, F.: “Movimientos transnacionales de trabajadores y derechos de Seguridad Social”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., DURANA BERNARDINO, M.: *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 449-470.
- SCHMID-DRÜNER, M.: “La cobertura de seguridad social en otros Estados miembros de la Unión”, en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea* 06/2017. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.4.html
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y PÉREZ CAMPOS, A. I. (Coord. General): *Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitaria* (1986-2008), Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (Coord.): *Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN IRREGULAR

DR. FRANCISCO A. GONZÁLEZ DÍAZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

RESUMEN: La entrada en vigor del RD-Ley 16/2012, de 20 de abril ha supuesto importantes novedades en la configuración del sistema sanitario y en el régimen de aseguramiento, si bien, la modificación más controvertida ha sido la privación de la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias.

Con esta comunicación se pretende examinar la constitucionalidad de esta restricción a la luz de la normativa internacional, fundamentalmente, teniendo en cuenta su relación con el derecho a la salud y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016.

ABSTRACT: The entry into force of RD-Law 16/2012, of 20th April has resulted in significant changes both in the configuration of the sanitary system and the insurance scheme, although the most controversial change was the deprivation of health care to illegal immigrants, except in certain circumstances.

With this paper the intention is to review the constitutionality of this restriction in the light of international standards, mainly taking into account its relationship with the right to health and fundamental rights to life and physical integrity rights and the sentence of the constitutional court 139/2016.

PALABRAS CLAVE: Extranjero, asistencia sanitaria, asegurado, beneficiario, derechos humanos.

KEY WORDS: Foreigner, healthcare, insured, beneficiary,/ human rights.

1. Consideraciones previas*

El término extranjero, del latín *extraneus*, desde el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, se viene definiendo jurídicamente en sentido negativo, como el no nacional¹. Así lo hace la vigente Ley de Extranjería, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE, en adelante), a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, del que exceptúa a “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario”, lo que significa que el vocablo extranjero, jurídicamente, se emplea exclusivamente en referencia a los no nacionales extracomunitarios, a los que se circunscribe este trabajo.

El art. 13.1 CE, que establece los términos fundamentales del estatus constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros, señala que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

El derecho a la protección de la salud viene reconocido en el art. 43 CE, precepto que por su ubicación en el Texto Constitucional, es un mero principio informador o rector de la política social, que reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios². Si bien, el objeto de protección, la salud, se encuentra conectado con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física del art. 15 CE.

En el caso de los extranjeros, esta consideración adquiere mayor trascendencia, puesto que el reconocimiento de los derechos a los extranjeros está supeditado al tipo de derecho conforme a la ya clásica clasificación fijada por la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984,

* La primera parte de este trabajo se presentó como comunicación al XIII Congreso Nacional de Asociación Española de Salud y Seguridad Social, firmada por los profesores M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS y FRANCISCO A. GONZÁLEZ DÍAZ. 2016.

¹ Para mayor abundamiento *vid.* FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, 2007, págs. 73 y ss.

² CAMPO CABAL, J. M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, Civitas, 2001, págs. 110-111.

de 23 de noviembre³ y más tarde reproducida, entre otras, por la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

Con la STC 107/1984 se sienta la doctrina básica sobre los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, con base en cuatro pilares fundamentales⁴ y se establece, a partir de ahí, la conocida clasificación tripartita del ejercicio de derechos⁵, distinguiendo:

1. “Los que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.
2. Los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen).
3. Los 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”. (F. J. 4º STC 107/1984).

³ Vid. BORRAJO INIESTA, I.: “El estatus constitucional de los extranjeros” en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II De los derechos y deberes fundamentales, Madrid, Civitas, 1991, págs. 713-714.

⁴ a) El art. 14 CE, al proclamar el principio de igualdad, se refiere con exclusividad a “los españoles”. “Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”, por tanto, es admisible constitucionalmente la desigualdad de trato entre españoles y extranjeros (F. J. 3º). b) Del art. 13 se desprende que “la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades dependerá por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado o la Ley” (F. J. 3º). c) Los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales dotados de la protección constitucional, “pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (F. J. 3º). d) La titularidad y sobre todo la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado. Cfr. IGARTUA MIRÓ, Mª. T.: “Extranjeros, autorización para trabajar y contrato de trabajo ¿Cambios sustanciales tras la LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social?” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, pág. 822.

⁵ Clasificación que tal y como pusieron de relieve TEROL BECERRA, M. y RODRÍGUEZ RAMOS, Mª. J.: “Constitución, extranjeros y derecho al trabajo” en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.): *Extranjeros en España – Régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, pág. 66, pronto fue revalidada mediante la STC 99/1985, si bien, dichos autores también resaltan que la STC 99/1985 sólo alude a dos clases de derechos: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros; y los que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, y ello con el propósito de “simplificar” la clasificación” y “por razones puramente metodológicas impuestas por la sistemática del discurso”.

Al primer grupo pertenecen los llamados derechos y libertades fundamentales, vinculados a la dignidad humana e inherentes a la persona (art. 10.1 CE), tales como el derecho a la vida, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a la libertad y seguridad, al honor, a la libertad de expresión, a la tutela judicial efectiva y a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, todos ellos protegidos y reconocidos en las declaraciones sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, el derecho a la asistencia sanitaria, pese a su vinculación al derecho a la vida y a la integridad física, pertenece a la tercera categoría de derechos. Si bien, debe advertirse que la autorización al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” en el ejercicio de estos derechos no es incondicionada, pues “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (F. J. 4º STC 236/2007).

2. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España: del empadronamiento a la condición de asegurado o beneficiario

2.1. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros antes de la LO 4/2000

El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros es una de las reivindicaciones más antiguas de las entidades defensoras de los derechos de los inmigrantes⁶. La LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, mantenía un silencio absoluto en este punto, mientras que su Reglamento de 1996, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero, precisó en su art. 9 que los extranjeros que se encontraran legalmente en territorio español podrían acceder a las prestaciones y servicios sociales organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica en la materia.

⁶ TARABANI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, pág. 78.

Así pues, con anterioridad a la LO 4/2000⁷, únicamente los extranjeros en situación de regularidad podían disfrutar de la asistencia sanitaria⁸, bien por formar parte del sistema de Seguridad Social *ex art.* 7 LGSS⁹, bien por carecer de recursos económicos conforme a lo dispuesto por el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, desarrollado por Orden de 13 de noviembre de 1989 y por la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989. En consecuencia, con este contexto normativo los extranjeros irregulares únicamente quedaban protegidos por el sistema sanitario en los casos de accidente o enfermedad profesional¹⁰ y de maternidad¹¹, y aunque carecieran de recursos no se beneficiaban de la asistencia sanitaria gratuita, circunstancia que conducía a la aplicación del art. 16.3 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS, en adelante), considerándolos pacientes privados con obligación de pagar el coste efectivo del servicio médico recibido¹². Con todo, la carencia de medios económicos que caracteriza a este colectivo, hacía impensable un posible recurso a entidades sanitarias privadas¹³,

⁷ *Vid.* el breve recorrido histórico que realiza DE VAL TENA, A. L.: “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, págs. 1425-1428.

⁸ La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de la Salud en su art. 1º.2 especificaba que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”.

⁹ Tanto el art. 7 del entonces vigente RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como del actual RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

¹⁰ En este sentido el art. 10.3 del Decreto 2766/1967, de 15 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y de ordenación de los servicios médicos en el régimen general, dispone que será beneficiaria de la asistencia sanitaria la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional “aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal”.

¹¹ De acuerdo con el art. 14.1.e) del Decreto 2766/1967 tendrán derecho a la asistencia por maternidad “las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de empresas, comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social”.

¹² No obstante, tal y como pone de manifiesto MERCADER UGUINA, J., R.: “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios” en VV.AA.: *Movimientos migratorios y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004, pág. 213, la exigencia de pago puede resultar infructuosa, bien por la probable insolvencia del inmigrante, bien por la dificultad de localizar al paciente una vez que ha sido dado de alta.

¹³ MERCADER UGUINA, J., R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, pág. 1196.

siendo en la mayoría de los casos atendidos por los servicios de urgencias, sobre la base de que, en última instancia, la inasistencia constituía una violación del derecho a la vida y a la integridad física, protegidos tanto por la Constitución como por el Derecho Internacional.

2.2. La LO 4/2000: el empadronamiento como único requisito de acceso a la asistencia sanitaria

El art. 12 LO 4/2000, cuya redacción originaria no fue modificada ni por la LO 8/2000, de 22 de diciembre¹⁴, ni por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y que la LO 2/2009, de 11 de diciembre, reformó simplemente para evitar una posible confusión interpretativa¹⁵, supuso un gran cambio respecto a la anterior legislación vigente, en primer lugar por regular el derecho a la asistencia sanitaria expresamente y de forma independiente del derecho a la Seguridad Social, y fundamentalmente, por extender este derecho, en determinados supuestos, a los extranjeros irregulares. Dicho precepto, que pervivió a LO 8/2000 en la que únicamente quedaron inmutables los arts. 2, 3, 12 y 14 LO 4/2000 y que supuso una dura restricción de los derechos y garantías de la versión primigenia, no ha sobrevivido, sin embargo, a los conocidos vulgarmente como “recortes anti-crisis”, y ha sido reformado por el RD-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

El tenor literal del originario art. 12 LO 4/2000¹⁶ señalaba que “1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles¹⁷”.

¹⁴ Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 12” en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: (Coord.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 Y RD 864/2001)*, Granada, 2001, págs. 232-233.

¹⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria”, en MORENO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Ed. Comares, Granada, 2012, pág. 234.

¹⁶ Desde este momento, para diferenciar el tenor literal del originario art. 12 y del reformado en 2012, para aludir al primero se empleará “art. 12 LO 4/2000” y al segundo “art. 12 LOE”.

¹⁷ La LO 2/2009, sustituyó “residan habitualmente” por “que tengan su domicilio habitual”, con el objeto de evitar una posible confusión interpretativa por la cual

2. Los extranjeros que se encuentren en España 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. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”.

Así pues, si se pone en conexión este precepto con los arts. 10.1 y 14.1 LOE, los cuales, reconocen el derecho a la Seguridad Social, tanto a nivel contributivo, como no contributivo, de los extranjeros que se hallen en situación de regularidad, y con el art. 1.2 LGS que proclama el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los españoles y ciudadanos extranjeros que residan legalmente en España, se puede concluir que el art. 12 LO 4/2000 con el término “extranjeros que se encuentren en España” se está dirigiendo a aquellos extranjeros que con independencia de su situación administrativa, en supuestos excepcionales, quedan protegidos por el sistema sanitario español, ya que el supuesto normal, el de encontrarse de forma regular en España viene ya recogido en los arts. 10.1 y 14.1 LOE y en el art. 1.2 LGS, supuestos en los que no es necesario empadronarse para recibir la prestación de asistencia sanitaria, como tampoco lo es para los españoles.

El art. 12 LO 4/2000, recoge, por tanto, cuatro casos excepcionales en los que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros con independencia de su situación administrativa: el de los empadronados en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, o tengan su domicilio habitual (conforme a la terminología de la LO 2/2009); los supuestos de urgencia, que se concretan en los casos en los que los extranjeros sin estar empadronados tengan un accidente, o contraigan una enfermedad grave; el de los menores de dieciocho años; y el de las embarazadas. Además, la LOE en su art. 62.1.d bis se refiere al derecho de los extranjeros en situación de internamiento “a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios

se identificara erróneamente “residencia habitual” con “residencia legal”. *Cfr.* TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *op. cit.*, pág. 234.

de asistencia social del centro”. Se trata de un supuesto especial, donde la atención sanitaria se presta respondiendo a criterios de humanidad y de salud pública, frente a posibles situaciones de hacinamiento en dichos centros de internamiento¹⁸.

Así pues, en sentido estricto, la única novedad relevante de este importantísimo precepto residía en el apartado 1 del art. 12 LO 4/2000, en la atribución del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, por cuanto supone superar de modo radical el requisito tradicional de la “residencia legal”¹⁹, convirtiéndose el Padrón municipal, por decisión de la Ley, en el requisito habilitante para el disfrute del derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles²⁰.

Aunque la extensión del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares fue aplaudida por la doctrina científica, no faltaron las voces que se alzaron en contra de la fórmula empleada, en el entendimiento de que si lo que se pretendía era extender el derecho a la asistencia sanitaria a cualquier extranjero con independencia de su situación administrativa, la inscripción en el Padrón, no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función²¹, pues su cometido es simplemente reflejar en un registro el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal, sin contar con el riesgo que entraña para los extranjeros irregulares dar a conocer sus datos y situación en el Padrón municipal²².

¹⁸ Sobre este tema *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, 2001, págs. 394-396.

¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 12” en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: (Coord.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 Y RD 864/2001)*, Granada, 2001, pág. 232-234.

²⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”, *Aranzadi Social*, núm. 21, mayo, 2000, pág.12.

²¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F., J.: “La protección social de los extranjeros en España”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002, pág. 55, en el mismo sentido MERCADER UGUINA, J. R., *op. cit.*, “La protección...” , pág. 1203.

²² *Vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *op. cit.*, pág. 387 y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, *Foro de la Seguridad Social*, núm. 2, octubre de 2000, págs. 68-69.

2.3. La reforma del art. 12 de la LO 4/2000 por el RD-Ley 16/2012: la condición de asegurado o beneficiario

El tenor literal del art. 12 LOE fue redactado por la disposición final tercera del RD-Ley 16/2012, conforme a la cual “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”. Es decir, hay que acudir a la LGS, a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS, en adelante) y a su desarrollo reglamentario, al RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

La LGS en su art. 1.2 señala que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” y el art. 3 LCCSNS, que con anterioridad al RD-Ley 16/2012 bajo la rúbrica “Titulares de los derechos” disponía que “son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, “todos los españoles y extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000”, prescribe ahora que “La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”.

Ostentan la condición de asegurado (art. 3.2 LCCSNS):

- a) Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Quienes ostenten la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Quienes hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, o encontrándose en situación de desempleo, no acrediten la condición de asegurado

por cualquier otro título y residan en España. A estos efectos, “la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un periodo inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo”.

No obstante, de forma subsidiaria, el mismo precepto, en su apartado 3, prevé que “en aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”, es decir, siempre que acrediten que no perciben ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros, ni tienen cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía (art. 2.1.b) RD 1192/2012).

Igualmente, podrán acceder a la asistencia sanitaria a cargo de fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud los beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España: “el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%” (art. 3.4 LCCSNS).

Quienes no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, “podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 LCCSNS).

Así pues, los extranjeros irregulares, aún careciendo de recursos económicos, quedan excluidos de la asistencia sanitaria a cargo de fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud, debiendo sufragar el coste de la prestación o suscribir un convenio especial, salvo determinadas “situaciones especiales” que dispone la propia LCCSNS en su art. 3 *ter*, y que coincide con las previstas en su día por el derogado art. 12 LO 4/2000 en sus apartados 2, 3 y 4: situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa hasta

la situación de alta médica; asistencia al embarazo, parto y postparto; y asistencia a los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles.

Por lo que hace al convenio especial, el RD 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, su art. 3 determina como requisitos para la suscripción y el mantenimiento del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria:

- a) “Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.
- b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países”.

Los extranjeros irregulares podrán suscribir este tipo de convenios, siempre que puedan acreditar la residencia por un periodo mínimo de un año y costearse la cuota mensual (60€ para los menores de 65 años y 157€ para los mayores de dicha edad, sin perjuicio de que dicha cuota pueda ser incrementada por las CC.AA. cuando incorporen en el convenio otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria arts. 6.1 y 2.2 RD 576/2013). Una cuota que aunque se asemeja a las propias de las aseguradoras privadas, puede resultar excesivamente onerosa para los extranjeros irregulares²³.

²³ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n° 163, 2014, pág. 201.

Además, debe tenerse muy presente que únicamente permitirá acceder con carácter estrictamente individual a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud²⁴, por lo que no abarcaría las prestaciones de la cartera suplementaria²⁵, ni a la cartera común de servicios accesorios²⁶, lo que ha sido objeto de crítica²⁷.

Por todo lo cual, puede afirmarse que el RD-Ley 16/2012 ha supuesto un cambio muy significativo en el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, pues deja a los extranjeros irregulares mayores de edad, -que difícilmente van a suscribir un convenio especial-, excluidos del sistema, salvo en situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, y asistencia al embarazo, parto y postparto. Claramente, el RD-Ley 16/2012 interrumpe un proceso de universalización del derecho a la salud, iniciado con la LGS y se retrotrae a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores²⁸.

3. La constitucionalidad de la reforma sanitaria referida a la atención sanitaria de los inmigrantes

El controvertido RD-Ley 16/2012, ha sido objeto de impugnación constitucional por el Parlamento de Navarra. De manera concreta son dos las impugnaciones que se elevan contra la mencionada norma.

Por un lado, se denuncia la vulneración del art. 43 CE, referido al derecho a la asistencia sanitaria, en tanto la nueva configuración del derecho a la protección de la salud, que implicaba la universalización de la asistencia sanitaria, queda incumplido al excluir de la misma a los españoles que no tengan la consideración de asegurado o beneficiario así como a los extranjeros sin autorización de residencia.

²⁴ Las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art. 8 *bis* LCCSNS).

²⁵ La prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente (art. 8 *ter* LCCSNS).

²⁶ Las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico (art. 8 *quáter* LCCSNS).

²⁷ *Cfr.* SOBRINO GUIJARRO, I.: “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n° 2, 2013, págs. 135 y ss.

²⁸ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *op. cit.*, pág. 195.

Por otro lado, desde el Parlamento de Navarra, se aprecia inconstitucionalidad en la medida que excluye del SNS a los extranjeros empadronados, pero sin autorización de residencia en España y españoles o ciudadanos europeos residentes con un determinado nivel de ingresos.

En tercer lugar, y algo que viene siendo habitual en la impugnación de determinadas normas, se plantea la utilización del real decreto-ley por cuanto no se aprecia la extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación de esta norma sanitaria. Además, considera una infracción de los límites materiales del art. 86 CE, por cuanto el mismo afecta al derecho a la protección de la salud, alterando sustancialmente la posición de los ciudadanos en relación con el mencionado derecho.

3.1 Vulneración del art. 86 Constitución Española

Sobre la vulneración del art. 86 CE hay una extensa doctrina constitucional que analiza la materia. En este sentido, podemos hacer referencia a dos cuestiones. Por un lado la relativa a la extraordinaria y urgente necesidad y, por otro, referida al ámbito material del art. 86 CE.

Sobre la extraordinaria y urgente necesidad

Centrándonos en la primera de las cuestiones expuestas, la doctrina del TC aparece resumida en el fundamento jurídico 1º y se reproducen a continuación.

- 1) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes», razón por la cual, este Tribunal puede, «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5).
- 2) La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar

al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero «el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes» (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6), por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es «un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

- 3) Este Tribunal efectúa un control jurisdiccional ex post, y tiene por misión velar por que el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la Norma, esto es, que aquél se mantenga dentro del concepto jurídicamente asequible que es la situación de «extraordinaria y urgente necesidad». Se trata, en definitiva, de un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, y las que allí se citan).
- 4) La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere, por consiguiente, que la definición por los órganos políticos de una situación «de extraordinaria y urgente necesidad» sea «explícita y razonada», del mismo modo que corresponde a este Tribunal constatar la existencia de «una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan» (así, desde un principio, STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; hasta las más recientes SSTC 96/2014, de 12 de junio, FJ 5, y 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 4).
- 5) En cuanto a la definición de la situación de urgencia, nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de

elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

- 6) En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia –conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el real decreto-ley se adoptan–, nuestra doctrina ha establecido un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el real decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones «que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente» (STC 29/2016, de 18 de febrero, FJ 2, con cita de otras).
- 7) Generalmente, este Tribunal ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que hemos denominado como «coyunturas económicas problemáticas», para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.» (SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8).

Una vez expuesta esta doctrina constitucional, el TC comprueba si en los preceptos impugnados del Real Decreto-ley 16/2012 concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad.

Para ello, en primer lugar analiza los motivos alegados por el Gobierno y que se contienen en la Exposición de Motivos. En ella se alude a que el SNS “ha sido uno de los grandes logros de nuestro país”, si bien “la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista”.

Destaca también que las medidas adoptadas “tienen como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible”.

Ante esta situación planteada, es decir, por un lado, grave dificultad económica en el SNS son precedentes desde su creación, con una alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas sanitarias públicas y, por otro, hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria derivados del envejecimiento de la población y de los avances y progresos médicos y farmacéuticos que van a suponer un incremento de gasto sanitario”; se requiere resulta “imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”. En este sentido, las CCAA han extendido el derecho de asistencia sanitaria de forma diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio Sistema Nacional de Salud y abocándolo a procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea. Y, por parte de los

ciudadanos europeos, debe aludirse a la circunstancia que supone un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos.

Además durante la convalidación del Real Decreto-ley 16/2012, el propio gobierno ponía énfasis en:

i) una situación de especial relevancia y gravedad que afecta a la sostenibilidad y la viabilidad económica del Sistema Nacional de Salud y que requiere una reforma estructural de amplio alcance que debe abordarse con carácter inaplazable e inminente.

ii) existencia “de problemas vinculados con la ausencia de normas claras respecto a la universalización de la asistencia sanitaria en todo el territorio español y de los procedimientos para hacerla efectiva”.

iii) aludió también a que la falta de adaptación de la legislación española a la normativa europea ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario.

Todo ello, hace que la sentencia del TC considera que “se ha ofrecido una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde la creación del Sistema Nacional de Salud. De ello se desprende que las reformas que se proponen tratan de hacer frente a una situación excepcional, actuando para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se vuelva irreversible. El carácter relevante o grave de la situación, invocado por el Gobierno, resulta así justificado, pues, de acuerdo con los argumentos ya resumidos, el sistema sanitario público se encuentra sometido desde hace años a una importante situación de déficit que hace peligrar su viabilidad, situación agravada por el actual contexto de crisis económica en el que la norma se aprueba, que ha incrementado la precariedad de su financiación”.

En segundo lugar, examina la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontarla. Para comprobar si se cumple o no este segundo elemento del presupuesto habilitante debe analizarse el contenido de las medidas que se adoptan y verificar si guardan relación con la situación excepcional que se encara y constituyen una acción normativa inmediata, que no podía

esperar ni siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia.

Fundamentalmente, se modifica el art. 3 Ley 16/2003, en relación con los requisitos para la adquisición de la condición de asegurado y de beneficiario del Sistema Nacional de Salud²⁹. Tras esta modificación el Parlamento Navarro considera que la regulación contenida en el mencionado artículo produce el efecto de excluir de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos a algunos españoles (aquellos que no tengan la condición de asegurado o beneficiario y cuenten con ingresos anuales superiores a cien mil euros, en los términos del Real Decreto 1192/2012) y de los extranjeros empadronados que no dispongan de autorización de residencia.

Finalmente, sobre este tema el TC resuelve que “es posible concluir que la regulación que ahora se examina es una opción adoptada por el Gobierno con la finalidad de concretar, en aras al ahorro de costes y a la mejora de la eficiencia del sistema, los sujetos que tienen la condición

²⁹ El apartado 2 del art. 3 de la Ley 16/2003, tienen la condición de asegurado: (i) los ciudadanos de nacionalidad española o los extranjeros afiliados a la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena o propia, en situación de alta o asimilada al alta; los pensionistas del Sistema de Seguridad Social; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social (incluyendo la prestación y el subsidio de desempleo) y los inscritos en las oficinas de trabajo, una vez que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo; (ii) el apartado 3 del mismo art. 3 de la Ley 16/2003 amplía el colectivo de personas que pueden acceder a la condición de asegurado, aunque no cumplan ninguno de los requisitos anteriores, a quienes tengan la nacionalidad española o de algún otro estado de la Unión europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, *siempre y cuando no superen el límite de ingresos que se determine reglamentariamente*, (en cursiva lo declarado inconstitucional en la STS 139/2016, de 21 de julio); (iii) el apartado 4 extiende la cobertura a personas que tampoco mantienen una vinculación personal directa con el Sistema de la Seguridad Social, como son los «beneficiarios», categoría que comprende a los cónyuges y a las personas con una relación asimilada jurídicamente; a los ex cónyuges a cargo del asegurado; a los descendientes y personas asimiladas que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad de grado igual o superior al 65 por 100; (iv) el apartado 5 prevé el acceso a las prestaciones sanitarias de todas las personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario mediante la correspondiente contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (regulado por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio) y en el apartado 6 se mantiene el régimen específico de gestión indirecta de la asistencia sanitaria para las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por diversas mutualidades, y (v) finalmente, la disposición transitoria primera prevé que las personas que tenían acceso a la asistencia sanitaria a España antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley lo continuarán teniendo hasta el 31 de agosto de 2012, sin necesidad de acreditar la condición de asegurado o beneficiario.

de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, así como también, para definir, dentro de este ámbito, aquellos colectivos que quedan extramuros de la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos”.

De esta forma, “la nueva concepción de asegurado y beneficiario en relación con la asistencia sanitaria sostenida con fondos públicos acredita las debidas condiciones de coherencia y congruencia, en relación con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar. Se aprecia así que estas normas guardan relación directa con la situación que se trata de afrontar de modo que existe conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad”³⁰.

Sobre el ámbito material del art. 86 CE

El art. 86 CE establece como límite material en el uso del Decreto-ley la prohibición de afectación a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE. Sobre esta cuestión, la doctrina del TC se encuentra recogida en el Auto TC 179/2011, de 13 de diciembre y que puede resumirse en:

1. El art. 86.1 CE impide que con el decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pero este Tribunal ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto-ley, haciéndolo «inservible para regular

³⁰ El TC aclara que la conclusión que alcanza no se ve “modificada por el hecho de que, conforme a la disposición transitoria primera, la implantación de este régimen de acceso a la asistencia sanitaria en España quede demorada para determinadas personas hasta el día 31 de agosto de 2012. Por un lado el Real Decreto-ley 16/2012 entró en vigor el mismo día de su publicación oficial y la disposición transitoria primera sólo demora la aplicación respecto a «las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España», de manera que la medida modifica de manera instantánea la situación jurídica existente en cuanto que es inmediatamente aplicable a los extranjeros no comunitarios que en el momento de la publicación de la norma no disfrutaban de esa asistencia así como a los que entren en España a partir de entonces y no reúnan los requisitos exigidos por la norma”.

- con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución».
2. La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada la figura del decreto-ley, de suerte que lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos.
 3. El Tribunal no debe fijarse únicamente en el modo en que se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien ha de examinar si ha existido «afectación» por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE, lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su ubicación sistemática en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate.

Centrando el tema, resulta necesaria la determinación de dos criterios básicos a efectos de determinar el alcance de la limitación material del decreto-ley:

- (i) que la legislación de urgencia no regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE y que la interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática, en el título I CE.
- (ii) el mayor o menor grado de intensidad o rigor de las garantías de las que disfrutan, en virtud de lo que establece el artículo 53 CE

Por ello, la STC se dedica a analizar el tratamiento constitucional del derecho a la protección de la salud regulado en el art. 43, alcanzando las siguientes conclusiones:

1. El precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica.
2. Disfruta de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección «informarán la

- legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», estatales y autonómicos.
3. Sólo se puede alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen.
 4. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia.

En conclusión, sobre este punto el TC considera que “el art. 43 CE no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE”.

3.2 Vulneración del art. 43 Constitución Española

La modificación que el Real Decreto-Ley 16/2012, opera sobre el apartado 2 del art. 3 Ley 16/2003, se refiere a los requisitos para la adquisición de la condición de asegurado y de beneficiario del Sistema Nacional de Salud.

La Letrada del Parlamento Foral entiende que esa regulación es contraria al mandato del art. 43 CE al menos en dos aspectos: i) la exclusión injustificada de la asistencia sanitaria de los españoles que no ostentan la condición de asegurado o beneficiario, que, en la medida en que se determina por remisión a una norma reglamentaria, se entiende también contraria a la reserva de ley del artículo 43.2; ii) la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los inmigrantes en nuestro país, modificación que contravendría el mandato de universalización de la asistencia sanitaria que deriva del citado precepto constitucional.

Ciertamente, el TC reconoce que la nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social.

Sin embargo, “el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución

no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto”.

Y, además, en la medida que “se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”.

Así, el TC señala que “pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

Además, ha señalado que “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema» (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6)”.

3.3 Exclusión de determinados españoles de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos

La duda de la constitucionalidad radicaba, en este caso, en que se excluían de derecho a asistencia sanitaria a personas que tengan la nacionalidad española o de algún otro estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, y a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español) siempre que superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

Precisamente, la crítica del Tribunal en esta materia, radica en que se desnaturaliza la ley para que sea un reglamento en el que regule un aspecto esencial que, concede o no, el derecho a la asistencia sanitaria.

Así, el TC considera que “la norma dispone una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003. Con la literalidad de la norma es imposible determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento (...), sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno.

Además, posteriormente, el art. 2.1 b) del Real Decreto 1192/2012 dispone que ese límite de ingresos se sitúa en una cuantía inferior a cien mil euros en cómputo anual, sin que tampoco se justifiquen las razones de dicha opción. De esta manera, la norma remite totalmente al reglamento la concreción o la fijación cuantitativa del umbral económico hasta el que se garantiza la cobertura de la gratuidad o la bonificación de las prestaciones sanitarias, sin que se incluya ninguna regla que permita identificar quiénes podrían ostentar la condición de asegurados, lo que a su vez produce una insuficiencia manifiesta en el contenido mínimo exigible a la configuración legal del art. 43 CE.

Por lo expuesto, el TC considera que el inciso «siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente» del art. 3.3 de la Ley 16/2003, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012 es inconstitucional y nulo.

3.4 Cambios en el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados, sin autorización de residencia en España

El TC comienza recordando que existen tres clases de derechos con relación a los extranjeros.

a. Derechos inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros.

b. Derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros.

c. Derechos 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.

Señala el TC que “este sería el caso de la protección de la salud, que, es un derecho de configuración legal, que corresponde regular al legislador respetando los valores y los principios constitucionales, así como el contenido que se desprende del art. 43 CE en lo que atañe a las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias. Es, por tanto, un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros (STC 236/2007, FJ 4, con cita de otras).

De esta forma, “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales”.

En este sentido, “el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos ya estaba vinculado, en la regulación anterior, a una determinada situación jurídica, como era la inscripción en el padrón del municipio de residencia. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción original, extendía el derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros «que se encuentren en España inscritos en el padrón del Municipio en el que residan habitualmente, en las mismas condiciones que los españoles»”.

Y, ahora, el Real Decreto-ley 16/2012 dispone que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria. Esto significa derivar al art. 3 Ley 16/2003 que lo vincula a la obtención de la condición de asegurado o beneficiario (art. 3).

En caso de no tener adquirida alguna de las mencionadas condiciones, el art. 3.3 permite que los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español puedan ostentar tal condición.

Y, en caso de no ostentarla, el art. 3.5 prevé aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán

obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial», regulado en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio.

Además, lo anterior se complementa con el nuevo art. 3 ter, añadido por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, que, bajo el título «asistencia sanitaria en situaciones especiales», dispone que “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

Todo este aparato legal permite al TC concluir que “dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia”.

Precisamente, en base a esa proporcionalidad se prevé la asistencia a embarazadas, menores y caso de urgencia, además de que “la norma no excluye el acceso a las prestaciones sanitarias en los restantes supuestos sino que, únicamente, toma el dato de la ausencia o no de residencia legal en España para exigir la correspondiente contraprestación en los términos del ya citado Real Decreto 576/2013”.

Por todo lo anterior, el TC concluye que “la regulación examinada responde a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE”.

3.5 Voto particular en la STC 139/2016

El voto particular discrepa del fallo de la sentencia. No procede su análisis por razones de espacio aunque resumida mantiene:

1. No cumple los requisitos que el art. 86.1 CE exige para legislar por la vía de urgencia.
2. Las medidas aprobadas inciden en un ámbito vedado al decreto-ley, como es el derecho a la protección de la salud, en conexión con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).
3. Se aprecia vulneración del art. 43 CE al excluir a los extranjeros sin permiso de residencia del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita. De tal modo, que se revierte un derecho social ya alcanzado, como es la universalización del sistema sanitario público, sin que quede acreditado el ahorro para las arcas públicas.

Conclusiones

Para los inmigrantes en situación irregular, la entrada en vigor del RD-Ley 16/2012 supone un retroceso a la situación anterior a la LO 4/2000, de manera tal que sólo podrán acceder a la asistencia sanitaria gratuita los extranjeros irregulares menores de 18 años, las mujeres embarazadas y los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, situaciones todas ellas protegidas por instrumentos internacionales y en las que la inasistencia constituye directamente una violación del derecho a la vida y a la integridad física.

Aunque el derecho a la asistencia sanitaria es un derecho de configuración legal, consideramos que las restricciones y limitaciones al ejercicio de este derecho por los extranjeros en situación irregular no guarda adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida y no respeta ni su contenido esencial, ni el contenido de los tratados de derechos humanos suscritos por España.

Paradójicamente, el recorte de este derecho vinculado al derecho a la vida y a la integridad física, se fundamenta en un previsible ahorro económico que puede causar más perjuicios al interés general que ventajas. Aunque cabría pensar que en última instancia no se pretende privar del derecho a la asistencia sanitaria al extranjero irregular, sino evitar su uso “cotidiano” y que únicamente se atiendan los casos de verdadera necesidad: las “situaciones especiales” previstas en el art. 3 *ter* LCCS-NS. Lo cierto es que esas personas se encuentran en una situación muy

vulnerable y con tales privaciones lo único que se consigue es aumentar su exclusión y llegar a generar un riesgo para la salud pública.

Deben buscarse soluciones innovadoras tendentes a posibilitar la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, como establecimiento de convenios con los países de origen para atender los gastos sanitarios.

Resulta irrisorio descansar la estabilidad del sistema sanitario público y su viabilidad futura al uso que realizan los inmigrantes irregulares del sistema.

ANEXO: Derecho a la asistencia sanitaria pública antes y después de la STC 139/2016³¹

| SITUACIÓN | DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA (situación anterior) | DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA (nueva regulación) |
|--|--|--|
| <i>En condición de asegurado</i> | SI | SI |
| Trabajadores en alta en la SS | SI | SI |
| Autónomos incorporados a Mutualidades alternativas | SI | SI |
| Pensionistas y perceptores de otras prestaciones | SI | SI |
| Perceptores de prestaciones o subsidios de desempleo | SI | SI |
| Desempleados sin prestaciones o subsidios | SI | SI |
| Españoles residentes sin título por otra vía con rentas superiores a 100.000 euros/año | NO | SI |
| Asegurados en país UE, EEE y Suiza | SI | SI |
| Asegurados en otro país con convenio bilateral en materia de asistencia sanitaria | SI | SI |
| Extranjeros con residencia legal en España * Siempre que cumplan los requisitos de residencia | SI | SI |
| <i>En condición de beneficiario</i> | SI | SI |
| Cónyuge o pareja de hecho del asegurado | SI | SI |
| Ex cónyuge | SI | SI |
| Hijos, hermanos y asimilados menores de 26 años | SI | SI |

³¹ Información elaborada por PANIZO ROBLES, J.A. y que puede consultarse en <http://www.laboral-social.com/STC-139-2016-21-julio-universalizacion-asistencia-sanitaria-publica.html>

| | | |
|---|----|----|
| Hijos, hermanos y asimilados con 26 o más años con rentas iguales o inferiores a 100.000 euros/año | SI | SI |
| Hijos, hermanos y asimilados con 26 o más años con rentas superiores a 100.000 euros/año | NO | SI |
| Ascendientes y otros familiares, que conviven con el titular, con ingresos iguales o inferiores 1000.000 euros/año | SI | SI |
| Ascendientes y otros familiares, que conviven con el titular, con ingresos superiores a 1000.000 euros/año | NO | SI |
| Otras situaciones | SI | SI |
| Menores acogidos a tutela administrativa * Acceden al derecho en la condición de asegurados | SI | SI |
| Españoles residentes en el exterior, sin derecho a la asistencia sanitaria con cargo al país de residencia, en sus desplazamientos en España. | SI | SI |
| Los extranjeros sin autorización de residencia, con independencia de su empadronamiento * Recibirán prestaciones en las siguientes situaciones: urgencia y asistencia sanitaria en los supuestos de maternidad * Podrán recibir la asistencia sanitaria si suscriben el convenio especial con el Servicio de Salud correspondiente a su domicilio o el INGESA (en el caso de Ceuta y Melilla), siempre que se prevea esa posibilidad en la Orden del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad | NO | SI |
| Extranjeros menores de edad en situación irregular * Reciben asistencia sanitaria (aunque no acceden al derecho) en las mismas condiciones que los españoles | NO | SI |

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN ¿EN CRISIS?

DRA. MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

Los últimos acontecimientos vividos en el Reino Unido y Cataluña muestran cómo las decisiones políticas no reducen sus efectos al interior del territorio delimitado por límites geográficos, sino que, al formar parte ambos de una organización supranacional cual es la Unión Europea, surgen consecuencias de dimensiones impredecibles.

Con ser hechos diametralmente opuestos (Reino Unido manifestó su voluntad de abandonar la Unión Europea, en tanto que Cataluña perseguiría su continuidad comunitaria en su pretendida condición de estado propio), las repercusiones sobre el funcionamiento de la Unión Europea han sido inmediatas, desde una respuesta denegatoria, contraria al reconocimiento de una individualidad específica en este último supuesto, al de resignación y constatación de una realidad que no por esperada se ha hecho menos dolorosa, como es el anuncio de acabar con una pertenencia a la Unión de más de cuarenta años por parte del Reino Unido.

Las derivaciones de todo tipo que conlleva tanto una sucesión territorial, veremos con qué alcance, como una salida, parece que definitiva, adquieren ciertas connotaciones que no es posible obviar, entre ellas, qué sucederá con el ejercicio de la libre circulación de trabajadores,

considerado hasta ahora como un principio incuestionable dentro de los fundamentos básicos de la Unión y que, a partir de este momento, parece que quedará notablemente reducido en sus efectos o, incluso, totalmente eliminado en ambos casos.

1. El origen de la supranacionalidad y las dificultades de ensamblaje estatal

Desde sus inicios, las antiguas Comunidades Europeas demostraron unos principios ideológicos aparentemente firmes que, en ocasiones, se entremezclaron con ciertas dosis de debilidad a causa de su propia composición: una organización supraestatal que viene a superponerse a la soberanía de los estados miembros a la que estos han renunciado con vistas a la consecución de unos fines comunes, entre ellos, la integración europea, concebida como proceso secuencial que habría de reportar notables ventajas políticas, económicas y sociales para los estados.

Dicho proceso introducía un componente innovador no planteado nunca en otras organizaciones de alcance internacional: la superación del estado soberano contemplado como una unidad política aislada¹ en aras a la creación de un nuevo tipo de instrumentos internacionales que asumieran la cesión de soberanía acordada en su favor por parte de los estados. De este modo, surgió un nuevo concepto denominado “supranacionalidad”² que, como original fenómeno de innovadora aparición en aquellos momentos, estuvo en la base de la fundación de las Comunidades Europeas durante los años 50 del pasado siglo.

La supranacionalidad revela un antagonismo interno entre los elementos identificativos de la organización así creada y los intereses particulares

¹ J.A. FUENTETAJA PASTOR recuerda cómo desde el Tratado de Westfalia, en el siglo XVII, hasta las postrimerías de la II Guerra Mundial en los primeros años 50, no había sido posible encauzar pacíficamente las relaciones entre los pueblos de Europa. *El proceso de integración europea*, en AA.VV., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 2005, pág. 44.

² Realidad en cuyo seno se determina quién ha de diseñar la estructura política de la organización que vaya a ser constituida; qué reglas de funcionamiento se implantarán, ajenas al control de los estados; los mecanismos de control en su aplicación y cumplimiento, y el compromiso de aceptación por parte de los estados y sus ciudadanos, en un reconocimiento explícito de la primacía de esa organización sobre el derecho interno estatal.

de cada estado, pero es algo que nunca podrá resolverse, forma parte de la propia evolución en el proceso de integración europea, y es este factor el que dota de exclusividad a la Unión Europea, alejándola de una mera institución de corte internacional, porque sus normas, tanto las relativas al Derecho originario como al Derecho derivado, se sustentan sobre el principio de primacía, concepto elaborado por el TJCE y totalmente necesario para reforzar la posición del Derecho Comunitario sobre el derecho particular de los estados³.

Los fines de esa futura Unión no tuvieron en un principio un carácter marcadamente social, sino que los objetivos se dirigían a la creación de un entendimiento franco-alemán, de la que el propio General De Gaulle ya en julio de 1946 se mostraba partidario. No así Gran Bretaña, cuyo gobierno siguió rechazando en años posteriores la legitimidad de cualquier autoridad europea investida de poderes supranacionales por encima de los estados, al tiempo que se mostraba contrario a una unión aduanera que, a su juicio, pudiera comprometer sus relaciones comerciales con los países de la Commonwealth. En 1950, Robert Schuman, ministro francés de Asuntos exteriores, formalizó públicamente la oferta de Francia a Alemania para iniciar negociaciones con vistas a alcanzar un acuerdo sobre la industria siderúrgica y embrión de una futura unidad europea. Ese ofrecimiento quedaba abierto a otros estados, que recogieron el guante y decidieron emprender un camino, entonces desconocido, de cooperación interestatal permanente. Así, Italia y el entonces denominado Benelux (Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) firmaron el primero de los Tratados de las Comunidades Europeas, el Tratado de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero (CECA)⁴.

Pero, realmente, quien tomó el testigo con posterioridad para lanzar la idea de una organización europea que auspiciara la creación de un Mercado Común, fue Benelux, que sustentaba este proyecto sobre cuatro pilares fundamentales a modo de libertades de circulación: mercancías,

³ Para describir esta peculiaridad se ha utilizado el término “federalismo de ejecución”, identificado con la potestad que se reconoce a los estados de implementar las disposiciones comunitarias. Cfr. P. BIGLINO CAMPOS, *La primacía del Derecho Comunitario: una mirada contrapuesta*, en A.M. CARMONA CONTRERAS (Ed.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Thomson Aranzadi, 2008, pág. 40.

⁴ Firmado el 18 de abril de 1951 y cuya entrada en vigor se produjo el 25 de julio de 1952.

servicios, capitales y trabajadores. Fruto del trabajo de un Comité de expertos, en abril de 1956 se presentó al resto de miembros de la CECA el resultado de un Informe en el que se apostaba por la constitución de una Comunidad Económica Europea y de una Comunidad Europea de Energía Atómica (Euratom), que cristalizó el 27 de marzo de 1957 en la firma en Roma de los Tratados Constitutivos de ambas Comunidades y que entraron en vigor el 1 de enero de 1958. Nuevamente, se le dio a Reino Unido la oportunidad de participar en las negociaciones como invitado privilegiado, a pesar de no formar parte integrante de la CECA, pero decidió no apoyar esta iniciativa al no vislumbrar con claridad cuáles iban a ser las condiciones que necesariamente tendría que adoptar si finalmente aceptaba ser parte integrante.

No obstante, y en un alarde de incoherencia, Reino Unido pasó a formar parte en 1960 de la Asociación Europea de Libre Comercio⁵, al quedar excluido del Mercado Común y querer evitar el aislamiento económico al que necesariamente le abocaba su apartamiento voluntario de la CEE.

En cualquier caso, su actitud antieuropeísta no se prolongó demasiado tiempo, puesto que en 1961, solo un año después, solicitó su adhesión a las Comunidades Europeas, al constatar el escaso recorrido que parecía alcanzar la AELC⁶. Sin embargo, las negociaciones no cristalizaron en un resultado positivo, puesto que Francia decidió vetar la incorporación del reino Unido. Una vez más se repetía la historia: Inglaterra y Francia enfrentadas, en esta ocasión a causa del temor del estado francés de perder su posición de dominio en las Comunidades, algo que era de esperar, habida cuenta de las exigencias que ya mostraban los representantes británicos para dar su conformidad a esa adhesión y por ese tradicional recelo a que el Reino Unido tuviera intereses más próximos a los intercambios comerciales con EEUU que a un Mercado con entonces seis miembros que podía resultarle excesivamente reducido.

⁵ Cuya firma en Estocolmo el 4 de enero de 1960 integró a Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Noruega, Austria, Suiza y Portugal, a los que se añadieron posteriormente Islandia, Finlandia (1986) y Liechtenstein (1991) y que mantenía entre sus postulados el libre comercio pero con la particularidad de no asumir ningún modelo de estructura supranacional conformada por los estados.

⁶ El Primer Ministro británico Mc Millan presentó la solicitud de adhesión a las Comunidades, al tiempo que lo hicieron Dinamarca, Irlanda y Noruega.

Tras intentarlo de nuevo en 1967, Reino Unido fue finalmente aceptado como socio comunitario el 1 de enero de 1973, junto con Irlanda y Dinamarca, pero poco duró su conformidad con los postulados comunitarios, pues solo un año después ya estaba dispuesto a renegociar su pertenencia a las Comunidades Europeas y a formular nuevas peticiones que consideraba imprescindible hacer valer, lo que hacía evidente la incomodidad que ya desde los inicios de su adhesión aquejaba al Reino Unido en una organización en la que consideraba que debía estar pero donde las imposiciones ajenas le resultaban del todo inaceptables.

Al objeto de sondear la opinión de la ciudadanía, se planteó, incluso, en octubre de 1974, la celebración de un referéndum sobre la conveniencia de permanecer o no en el Mercado Común⁷, es decir, solo año y medio después ya exteriorizaba su descontento⁸. Con el devenir del tiempo, como es sabido, Reino Unido no ha logrado nunca asentarse ni adquirir la cualidad de socio “anónimo” y “desapercibido”, actuando, por el contrario, como un “invitado” del que se desconoce cuánto tiempo va a permanecer entre nosotros⁹.

2. La puesta en marcha del principio de libre circulación: un compromiso global

La libertad de circulación se ha venido identificando con la idea de solidaridad entre los estados miembros, de ahí que la posibilidad de desplazarse por todo el territorio de la Unión haya desplegado notables ventajas para todos: ante una insuficiencia de mano de obra nacional, el estado de acogida podría disponer de trabajadores no absorbidos por su

⁷ Que finalmente se celebró en junio de 1975 y que, al menos por un tiempo, contuvo el euroescepticismo con el que desde el principio había venido acompañada la integración en las Comunidades.

⁸ Protestas que obtuvieron eco ese mismo año con la celebración en París de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, donde se llegó al compromiso de revisar las condiciones de ingreso del Reino Unido en las Comunidades Europeas con el fin de disminuir la contribución económica al presupuesto europeo que en un primer momento se fijó.

⁹ Un nuevo ejemplo de esa indolencia británica fue la tardía ratificación del Tratado de Maastricht, que aprobó la conclusión de un nuevo Tratado, el de la Unión Europea. Se firmó en febrero de 1992 y Reino Unido dilató su ratificación más de año y medio, hasta agosto de 1993, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993, una vez completado ese trámite por todos los estados miembros.

propio mercado de trabajo y, a la inversa, las deficiencias y rigideces en el mercado del estado nacional del trabajador facilitarían la movilidad de este para, de forma conjunta entre todos los trabajadores que hicieran uso de este principio, aligerar la pesada carga de un mercado laboral incapaz de dar respuesta a la demanda de empleo de sus nacionales.

Como es obvio, el postulado de una idílica circulación sin restricciones con el devenir de los años no ha sido tal: estaba pensado para la movilidad de trabajadores en mercados de trabajo similares, entre estados con una estructura socioeconómica de proximidad y no como foco de atracción de trabajadores procedentes de realidades laborales muy diversas, con escaso desarrollo tecnológico y que verían la libertad de circulación como una salida a sus problemas de creación de empleo. En consecuencia, tal heterogeneidad estatal no haría ningún beneficio a un principio que debería haber alcanzado unas mayores cotas de evolución. De hecho, la clásica enumeración de principios de libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios lleva siendo debatida desde hace una década, cuando en la Cumbre de Lisboa de 2000 se presentó una nueva estrategia de funcionamiento de la Unión.

De alguna manera, y con carácter indirecto, la libertad de circulación se recogía en los Tratados Fundacionales de la CECA y Euratom que, dentro de sus objetivos específicos dirigidos a un sector concreto de la actividad, trataban de propiciar el traslado al resto de estados miembros. Pero, evidentemente, fue el Tratado CEE el que incidió en este ámbito, contemplando la prohibición de “toda discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los estados miembros, en lo que respecta al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo”, en un reconocimiento no expreso pero sí detectable de la libertad de circulación¹⁰. Más tarde, el Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y vigente durante casi cuatro décadas aunque con sucesivas transformaciones, establecía en su art. 1 que “todo nacional de un estado miembro tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias

¹⁰ Art. 48.2 Tratado Constitutivo CEE.

y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho estado”.

Este Reglamento introducía ya la distinción sobre lo que tradicionalmente se había venido entendiendo por fenómenos migratorios de entrada o salida, y basados en circunstancias de necesidad económica, y el reconocimiento de una libertad al individuo en su condición de trabajador. Por tanto, y dejando atrás su naturaleza básicamente económica, la Unión ha derivado, con acierto, hacia una inequívoca dimensión social, a lo que ha contribuido, es claro, la aparición del concepto de ciudadanía europea a partir del Tratado de Maastricht, que se hizo extensivo a todos los nacionales de un estado miembro por el mero hecho de ostentar la nacionalidad de alguno de ellos (arts. 17 a 22) y que en el Tratado de Amsterdam se consolidó jurídicamente¹¹.

3. La influencia del concepto de ciudadanía europea en la extensión del principio de libre circulación

A partir del momento en que los nacionales de un estado han visto reconocida su condición de ciudadanos europeos se ha producido un cambio de registro en el modo de contemplar la libertad de circulación, ante todo porque el ciudadano que se desplaza por el territorio de la Unión deja de ser considerado como un extranjero y, por el contrario, se le dota de un estatuto privilegiado que le separa de los auténticamente extranjeros y le concede plenitud de derechos en su condición de ciudadano europeo. Así, el art. 8.1 TUE, define con simpleza al ciudadano de la Unión como toda persona que ostenta la nacionalidad de un estado miembro, sin que en modo alguno quede alterada esa relación entre el individuo y su estado de origen. Se trata de dos planos complementarios, no de un auténtico vínculo jurídico-político, porque

¹¹ Tras el Tratado de Maastricht, la Directiva 93/109/CE 6 de diciembre reguladora de las modalidades de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo fue el primer ejemplo de atribución de derechos políticos de ciudadanía. La Directiva 94/80/CE 19 de diciembre regulaba, por su parte, dichas modalidades en las elecciones municipales. Finalmente, la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre reguló el estatuto de residente extranjero de larga duración, siendo modificada por Directiva 2010/51/UE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo.

la ciudadanía europea suma y no resta: viene a añadir nuevos derechos a aquellos de los que el nacional de un estado miembro ya es titular. Es más, la adquisición de ese status de ciudadano comunitario procede del previo status de nacional de un estado miembro que se acredita con anterioridad, no hay posibilidad alguna de ser ciudadano de la Unión a falta de la nacionalidad de unos de sus estados miembros, son dos conceptos que van indisolublemente unidos¹², en los que cada uno dispone de su espacio de actuación y la ciudadanía europea aumenta las prerrogativas reconocidas a los nacionales. Se ha optado por esta fórmula de conexión puesto que la Unión Europea no tiene reconocidas competencias directas de atribución de la ciudadanía europea, en un intento de reforzar la libre circulación en toda su extensión.

4. El significado actual de la libre circulación

La libertad de circulación no ha permanecido inmutable desde su reconocimiento inicial. Las cambiantes circunstancias sociales, económicas e incluso políticas han influido en su readaptación conceptual y en la distinta interpretación que han recibido sus elementos integrantes.

Coincidiendo con la etapa de eclosión social en las Comunidades, surgió un debate sobre cuál habría de ser el significado de la libertad de circulación como hilo conductor de otras actuaciones a emprender. La respuesta de los expertos no fue unánime, por cuanto se apuntaba, desde posiciones más conservadoras, a una aplicación exclusiva a los nacionales de estados miembros, lo que implicaba mantener los controles fronterizos para filtrar las entradas de nacionales comunitarios y de extranjeros, mientras que las opiniones más avanzadas, quizá excesivamente, proponían una supresión de fronteras, controles y trabas a la libre circulación.

Ha variado, en primer término, el colectivo al que la libre circulación ha ido dirigido: si bien en una fase inicial de reconocimiento este

¹² E. LINDE PANIAGUA habla de “status vinculado”, por cuanto la ciudadanía se adquiere de modo automático al concurrir la nacionalidad de uno de los estados miembros, *Naturaleza, caracteres y principios de la Unión y de las Comunidades Europeas*, en AA.VV., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 2005, pág. 140.

principio se predicaba de todos aquellos que realizaban o se proponían realizar una actividad lucrativa, debiendo para ello desplazarse a otro estado miembro, hoy los destinatarios ya no forman parte en exclusiva de la población activa, sino que se ha ampliado progresivamente al resto de personas que, sin ser en modo estricto trabajadores actuales o potenciales, desean movilizarse por el territorio de la Unión.

Los arts. 45 y ss TFUE, como sucesor del Tratado Constitutivo de la CEE, regulan en la actualidad este principio que, tras la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, ha adquirido el rango de derecho fundamental. En realidad, el contenido de la Carta era meramente declarativo y, por tanto, no vinculante para el Tribunal de Justicia. Pero a partir de la firma del Tratado de Lisboa, con el otorgamiento del mismo valor que a los Tratados que le confiere, pasa a adquirir esos efectos.

Por su parte, y dentro del Derecho derivado, el Reglamento 1612/68 15 de octubre, ha sido derogado por el Reglamento 492/2011/UE del Parlamento y del Consejo de 5-abril, al tiempo que se han aprobado sucesivas Directivas en la materia, como la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y el Consejo de 29 de abril relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros; Directiva 2005/36/CE 7 de septiembre sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales obtenidas en un estado miembro a fin de ejercer una profesión regulada en otro estado miembro y Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación.

El Reglamento 492/2011/UE sigue asociando la libre circulación con la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad y recuerda ese beneficio mutuo que se deriva para los trabajadores, como un mecanismo de mejora de sus condiciones de vida y trabajo y de logro de su promoción social, y para los estados, que ven en la libertad de circulación un medio para atender a las necesidades económicas.

Las cuatro vertientes de este derecho se mantienen igualmente en este Reglamento: responder ofertas de trabajo en el estado de acogida; desplazarse libremente para atender ofertas de empleo; residir en un estado miembro con el fin de ejercer un empleo, y permanecer en

dicho territorio después de haber desempeñado una actividad. Este es el compromiso genérico que reproduce el contenido del Reglamento al establecer en su art. 1 que “todo nacional de un estado miembro, sea cual fuera su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho estado”, beneficiándose de las mismas prioridades de los nacionales en el acceso a los empleos disponibles.

De aquí se deducen varias consecuencias:

- el Reglamento no es aplicable y, por tanto, tampoco la libertad de circulación a los trabajadores que carezcan de la nacionalidad de alguno de los estados de la Unión Europea (incluyendo asimismo a Noruega, Islandia y Liechtenstein, en virtud del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1992, y a Suiza, según el Acuerdo de 21 de junio de 1999).
- al referirse en exclusiva y de forma explícita a los trabajadores por cuenta ajena, aquellos que realicen una actividad por cuenta propia no se registrarán por este principio sino por el de libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) o por el de libre prestación de servicios (arts. 56 a 58 TFUE).
- Parece que tampoco quedarían incluidos los trabajadores desplazados por sus empresas con ocasión de una prestación transnacional de servicios, a pesar de que el Preámbulo del Reglamento reconoce el derecho a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan su actividad con ocasión de una prestación de servicios, pero al disponer estos últimos de su propia normativa específica, la Directiva 96/71/CE 16 de diciembre, será ésta la norma por la que se rijan.

La especial protección de estos trabajadores frente a posibles discriminaciones, evidentes o encubiertas, se manifiesta en el art. 3 del Reglamento, que declara inaplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un estado miembro, es decir, el derecho interno, que limiten el acceso al empleo, subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y demanda de trabajo o que, en definitiva,

persigan como objetivo exclusivo o principal eliminar de la oferta de empleo a los nacionales de otros estados miembros, con la excepción hecha de los conocimientos lingüísticos, siempre que sean requeridos por la naturaleza de la actividad a desempeñar, o la acreditación de una determinada cualificación profesional. La pertenencia a un estado de la Unión es, precisamente, lo que marca la diferencia entre las limitaciones que sí pueden afectar a los trabajadores extracomunitarios en orden a establecer cupos o porcentajes por empresa, actividad, región o a nivel nacional, y que en ningún caso pueden recaer sobre los nacionales de un estado miembro (art. 4).

Una vez empleado, las condiciones de trabajo deberán también ser idénticas, sobre todo en lo referente a retribución, procedimientos de despido o reintegración de nuevo al mercado laboral en caso de pérdida del empleo anterior, siendo además nula cualquier cláusula de un convenio o acuerdo colectivo, o incluso acuerdo individual, por el que hubiera podido pactarse una condición discriminatoria.

La preocupación de las instituciones comunitarias ha quedado destacada en la Directiva 2014/54/UE del Parlamento y del Consejo, de 16 de abril, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, pues, aun siendo conscientes del avance que este derecho representa, las restricciones e incumplimientos internos pueden seguir afectando a los trabajadores en materia sobre todo de cualificación o de abusos empresariales, lo que pone de relieve la discordancia entre la legislación adoptada por los estados una vez transpuesto el contenido de las Directivas, y la aplicación real a la dinámica del mercado de trabajo. Todo obedece, según la Comisión Europea, a una falta de conocimiento suficiente de las normas de la Unión Europea por parte de las empresas, por lo que se contempla como una tarea pendiente la difusión y sensibilización en torno a los derechos de los trabajadores que, de incumplirse, cuestionan la eficacia de toda la maquinaria comunitaria y ponen en riesgo la protección de los trabajadores y de sus familiares. Con ser ésta la consecuencia principal de una equivocada interpretación en la esencia de la libre circulación, las repercusiones negativas se despliegan asimismo sobre el funcionamiento del mercado interior, proponiéndose labores de supervisión adecuadas y un compromiso conjunto de todos los agentes implicados.

Al objeto de determinar cómo se ha llegado al momento actual en aplicación de este principio, sería conveniente desglosar las distintas facetas que lo integran:

a) Circulación con fines de atender una oferta de empleo previamente dirigida al trabajador

Es imprescindible para cumplir con tal empeño la existencia de un adecuado sistema de coordinación entre ofertas y demandas de empleo. Buena parte del contenido del Capítulo II del Reglamento 492/2011 sobre puesta en relación y compensación de las ofertas y demandas de empleo ha sido sustituido por el Reglamento 2016/589/UE 13 de abril por el que se configura una Red Europea de Servicios de Empleo (EURES)¹³ y se facilita el acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad, creando a tal fin servicios de apoyo tanto para ellos mismos como para los empresarios y manteniendo la asistencia posterior al momento de la contratación.

b) Desplazarse libremente por todo el territorio comunitario con la finalidad de buscar empleo

Es ésta una finalidad de naturaleza genérica, pues no se limita a su reconocimiento los trabajadores, sino que cualquier persona con ciudadanía europea podrá circular por los restantes estados miembros sin acreditar motivación alguna¹⁴ y, llegado el caso, buscar y atender una oferta de empleo en cualquier de los estados. Confluyen, de forma simultánea, dos facultades como son la salida del estado de origen y la entrada en el estado de acogida, reconocidas y garantizadas ambas por los arts. 4 y 5 Directiva 2004/38/CE

c) Residencia en un estado miembro con fines de desarrollar una actividad

¹³ Este sistema (European Employment Services), restablecido con este último Reglamento, había sido ya creado por Decisión 569/93/CE 22 de octubre, sustituida luego por Decisión 2003/8/CE 23 de diciembre de 2002, que permitió estar comunicados en red a todos los servicios públicos de empleo de los estados integrantes del Espacio Económico Europeo así como a Suiza.

¹⁴ El TJCE amplió así el concepto de libre circulación, amparando la fijación de un período máximo de búsqueda de empleo que, una vez transcurrido, y si ese nacional continúa en tal empeño, con oportunidades reales de ser contratado, no podría culminar en una expulsión. STJCE 29 de febrero de 1991 Asunto Antonissen C-292/89.

Es la consecuencia lógica del derecho a aceptar una oferta de empleo y a desplazarse por todo el territorio comunitario. Dejando a salvo a los trabajadores fronterizos, que prestan su actividad en un estado de la Unión próximo a su lugar de residencia, el resto de trabajadores que desempeñan su empleo en otro estado necesariamente han de mantener su residencia en ese estado al menos durante todo el tiempo que se prolongue su actividad. Otra solución impediría casi de modo absoluto la plenitud del derecho a la libre circulación, porque la falta de garantías en cuanto a la legalidad de la permanencia del trabajador en otro estado que no es el suyo actuaría en contra de cualquier decisión migratoria.

Pero, en segundo término, ese derecho automático de adquirir una presencia legal, que se prolongará más o menos tiempo hasta llegar incluso a alcanzar una residencia permanente, actúa en beneficio del trabajador porque le exime de probar la concurrencia de ciertos requisitos a cuyo cumplimiento quedan sujetos el resto de trabajadores no comunitarios: la disponibilidad de medios económicos suficientes y hallarse provisto de un seguro médico. Estas exigencias, fundamentadas en la necesidad de que el estado de acogida no deba hacerse cargo de los gastos que puedan ocasionarse si un extranjero carece de recursos económicos o requiere de asistencia sanitaria, ceden sin embargo cuando nos hallamos ante ciudadanos comunitarios, por cuanto el reconocimiento de la libre circulación desarrolla unos perfiles que exceden a cualquier intento de restricción material.

Claro es que tal derecho no aparece de forma incondicionada, puesto que en períodos de permanencia superiores a tres meses, la Directiva 2004/38/CE (art. 7) supedita el derecho a residir por un período más amplio a la acreditación de requisitos fundamentalmente económicos, sin que sea posible proceder a la expulsión, pues se atiende a la intención con la que entró en el estado, cual era la de buscar un empleo¹⁵.

¹⁵ Sin embargo, en el caso *Dano*, enjuiciado por el TJUE en S. 11 de noviembre de 2014, la falta de recursos se interpretó como una negativa a reconocer el derecho de residencia en el estado de acogida, lo que llevaría al resultado no deseado de que ciudadanos de la Unión Europea que no trabajen ni busquen empleo y carezcan de medios propios de subsistencia aunque dependan económicamente de otra persona, podrían ver cuestionado su derecho de residencia y la concesión de una prestación social si durante un período inicial de estancia entre tres meses y cinco años no demuestran la obtención o posesión de recursos económicos. Cfr. la opinión de M.I. RAMOS QUINTANA, quien considera

d) Permanecer en el territorio del estado de acogida tras haber ejercido un empleo

La Directiva 2004/38/CE refunde las disposiciones contenidas en el Reglamento 1251/70 29 de junio y Directiva 75/34/CEE 17 de diciembre. Se vincula en estos casos la permanencia previa en el estado por motivos de trabajo con la posibilidad de seguir manteniendo la residencia en ese territorio. Así, una actividad prestada durante al menos cinco años determina de modo automático el derecho a obtener una residencia permanente. Por el contrario, cuando esa presencia haya sido inferior a cinco años, el trabajador puede encontrarse en varias situaciones, previstas en el art. 17:

- en el momento de su cese ha alcanzado la edad de jubilación (o incluso puede haber sido ésta la causa) o que cese en el trabajo por jubilación anticipada si hubiera residido ininterrumpidamente al menos tres años y hubiera prestado servicios en los últimos doce meses
- que haya residido de forma continuada más de dos años y su cese sea debido a incapacidad permanente, salvo que tuviera su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá acreditar ningún período de residencia previo
- que después de tres años de actividad continúe viviendo en ese estado y preste servicios en otro como trabajador fronterizo

5. Variaciones sobrevenidas con incidencia en el contenido del derecho

a) Restricciones

este pronunciamiento como un precedente inquietante. *La devaluación del derecho de libre circulación y residencia en el ámbito de la Unión Europea para quienes carecen de trabajo*, Trabajo y Derecho n° 1, 2015, y M. TARABINI-CASTELLANO AZNAR, quien critica igualmente el fallo de la STJUE 25 de febrero de 2016 Asunto García Nieto, que parece confirmar que la libertad de circulación se está apartando de lo que sería una igualdad de trato para pasar a adquirir características de simple libertad, *Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: la primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores*, Trabajo y Derecho n° 23, 2016.

Aunque pueda parecer que la libertad de circulación es un derecho prácticamente incondicionado, los estados a través de su legislación interna podrán adoptar cualquier medida restrictiva, que incluiría desde la denegación de entrada hasta la propia expulsión si concurren razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 27 Directiva 2004/38/CE), y nunca por razones exclusivamente económicas. De manera muy excepcional, y cuando concorra una amenaza real, actual o suficientemente grave (no bastaría, pues, con un riesgo genérico) que afecta a un interés fundamental de la sociedad, podrá adoptarse tal medida, que no se podrá fundamentar en razones extrañas a la propia conducta personal del nacional de otro estado y que deberá en todo caso someterse al principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere a las razones de salud pública que pudieran limitar este derecho, un estado miembro solo podrá actuar en ese sentido si se trata de una enfermedad con riesgo de convertirse en epidemia o de carácter infeccioso o parasitario con peligro de contagio (art. 29.1 Directiva 2004/38/CE), con un condicionante temporal: no procederá la expulsión si la enfermedad aparece con posterioridad a los tres meses transcurridos desde su entrada en el estado de acogida (art. 29.2)

No es posible desconocer la trascendencia que alcanzó la celebración de los dos Acuerdos Schengen: el así llamado, en sentido propio, de 14 de junio de 1985, y el Convenio para la aplicación de ese Acuerdo, firmado el 19 de junio de 1990 y en vigor desde el 26 de marzo de 1995. En estas dos décadas, se ha configurado un Acervo de Schengen, a base de sucesivas normas de desarrollo elaboradas por el Comité ejecutivo previsto en dicho Acuerdo.

A falta de un consenso sobre la supresión o mantenimiento de fronteras, los cinco estados originarios de las Comunidades Europeas, a excepción de Italia, decidieron en 1985 crear un territorio exento de fronteras. En los años posteriores, fue posible la supresión de los controles en las fronteras internas entre dichos estados y crear una única frontera exterior donde se llevan a cabo controles de entrada siguiendo un procedimiento común.

Con la creación de ese Espacio, la libertad de circulación quedó garantizada a todas las personas, independientemente de su estado de origen, pero ceñida a la libertad de desplazamiento y de viajar, esto es, desprovista de connotaciones asociadas a la búsqueda de un empleo.

Tras la firma del Tratado de Amsterdam, el contenido de dichos Acuerdos pasó a formar parte del Acervo de la Unión. Más tarde, el Reglamento 562/2006/CE 15 de marzo, en vigor desde el 13 de octubre de 2006, definió el Código de Fronteras Schengen incorporando un código normativo sobre la base del cruce de personas por las fronteras comunitarias y avanzando en la creación de una legislación común aplicable al control y vigilancia de las fronteras de los estados miembros, fase que culminó con la aprobación del Reglamento 2016/399/UE del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo, que procede a codificar el Reglamento 562/2006/CE y sus modificaciones posteriores.

En la actualidad, son 26 los estados que forman parte del territorio Schengen, a excepción de Reino Unido e Irlanda, que a pesar de no quedar integrados sí que participan en algunos apartados de cooperación judicial y policial y en la lucha contra el narcotráfico. Por su parte, Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza llegaron a un acuerdo para formar también parte de la zona Schengen, si bien Suiza acordó celebrar un referéndum en febrero de 2014 que culminó con la decisión de restringir el acceso de los ciudadanos europeos a su territorio¹⁶.

b) Ampliaciones

En lo que se refiere al reconocimiento extensivo de la libertad de circulación, no son solo los nacionales de un estado miembro quienes resultarían directamente beneficiados por ese derecho, sino que también algunas categorías de nacionales de terceros estados formarían parte de su ámbito subjetivo. Tal es el caso de aquellos extranjeros que mantienen un vínculo de parentesco con un nacional comunitario, como mecanismo de incentivación de la movilidad por el territorio de la Unión que, de no reconocerse, mermaría notablemente la decisión de los nacionales de traspasar las fronteras de su propio estado. Ello unido a la voluntad de alcanzar una plena integración en el estado de acogida, ha sido el

¹⁶ Parte de la doctrina coincide en defender la continuidad del Espacio Schengen como factor estratégico en el proceso de integración europea, a pesar de ciertas tensiones que pueden surgir en los estados de destino ante una libertad de circulación sin control susceptible de repercutir en el equilibrio del mercado de empleo nacional. Vid. J.L. MONERERO PÉREZ y P.G. ORTEGA LOZANO, *La libre circulación de trabajadores nacionales de los estados miembros: desvinculación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales*, La Ley Unión Europea nº 51, 29 de septiembre de 2017.

motivo principal de que lo que en principio se configuraba como un derecho vinculado directamente a la ciudadanía, haya traspasado esos límites para incluir de modo simultáneo a extranjeros con nacionalidad externa a la de los estados de la Unión Europea.

La Directiva 2004/38(CE incluye en su art. 2 dentro de los miembros de la familia al cónyuge, pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión de hecho debidamente registrada, descendientes directos menores de 21 años o a cargo con independencia de la edad, así como los de su cónyuge o pareja, y los ascendientes directos a cargo tanto propios como del cónyuge o la pareja.

En otro orden de cosas, es posible la aplicación del derecho de libre circulación a aquellos extranjeros, nacionales de terceros estados, con lo que la Unión Europea haya suscrito algún tipo de Acuerdo en ese sentido, lo que les permitiría poder desplazarse en igualdad de condiciones que a los ciudadanos comunitarios. Tal es el caso, que ya mencionamos, de los integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), Noruega, Islandia y Liechtenstein, que forman parte integrante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en 1992.

En paralelo con el TUE, el art. 28 del Acuerdo menciona la libertad de circulación en tanto que abolición de toda discriminación por razón d nacionalidad entre los nacionales de un estado miembro y los estados AELC con respecto al empleo, la retribución y otras condiciones de trabajo.

Alguna explicación habría de tener esta equiparación por vía convencional y extramuros a la ortodoxia normativa comunitaria: al tratarse de estados, todos ellos con un grado avanzado de desarrollo económico y social, ningún riesgo surgiría de traslado masivo al territorio de la Unión de los nacionales de tales estados.

Por citar algunos ejemplos posteriores, el 21 de junio de 1999, se celebró un Acuerdo entre la Unión y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, que entró en vigor el 30 de junio de 2002 y que reconoce la entrada, estancia de corta duración y residencia de los ciudadanos concernidos, así como el acceso al ejercicio de una actividad, sea por cuenta ajena o de carácter autónomo, garantizando la igualdad de trato con los nacionales del estado de acogida en lo relativo a condiciones de empleo, remuneración y despido.

En espera de lo que suceda en el futuro, habida cuenta de las dificultades a sortear por parte del estado de Turquía en cuanto al cumplimiento

de los requisitos exigidos para lograr la adhesión a la Unión, mucho antes de que se apuntara siquiera esa posibilidad, se firmó en 1963 el Acuerdo de Ankara, único ejemplo en el que explícitamente se admitía la ampliación de la libre circulación en el futuro para trabajadores extranjeros por la Unión Europea y que no logró sus objetivos puesto que ni siquiera en la actualidad, más de cincuenta años después de la firma, ha sido posible articular una fórmula que permita ejercitar ese derecho a los nacionales turcos, que sólo podrán disfrutar parcialmente de ciertos derechos en el estado miembro en el que legalmente hayan entrado en tanto que extranjeros, y ello solo tras haber ejercido un empleo durante un cierto tiempo.

Quedaron, asimismo, sin efecto los Acuerdos celebrados entre las instituciones europeas con países de Europa Central y del Este una vez se produjo su incorporación a la Unión. Aquellos otros estados pertenecientes anteriormente a la URSS y que obtuvieron entidad política propia, suscribieron con la Unión simples Acuerdos de Colaboración, que distan mucho de conformar una auténtica asociación o cooperación y que sustentaban compromisos de velar por el respeto a la no discriminación por razón de nacionalidad en materia de empleo y trabajo. Más recientemente, en 2014, los estados de Georgia, Moldavia y Ucrania han suscrito Acuerdos de Asociación con la Unión que incluyen zonas de libre comercio, cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de julio de 2016.

En el ámbito de la Cooperación, Marruecos, Túnez y Argelia celebraron con las Comunidades Europeas en 1976 diferentes Acuerdos sobre la base del ya firmado con Turquía, pero con un alcance mucho más reducido y con unos derechos cuyo ejercicio no es comparable a lo que significaría una auténtica libertad de circulación. Es más, este término ni siquiera se mencionaba, por lo que sus resultados han sido muy exiguos tanto en las mejoras en el acceso al mercado de trabajo por parte de estos nacionales como en cuanto al cumplimiento de requisitos de residencia, que apenas han experimentado variaciones.

Algo parecido sucede con otros estados de África y también con estados del Caribe y Pacífico: no se ha conseguido mejora alguna en cuanto a los requisitos de entrada, y cualquier derecho reconocido se supedita a una previa entrada legal por la vía ordinaria, en cuyo caso se aplicará la igualdad de trato en las tres materias ya mencionadas de condiciones de trabajo, remuneración y despido.

Ninguno de estos últimos ejemplos puede recibir un tratamiento uniforme, puesto que cada zona presenta sus propias peculiaridades socioeconómicas. El nivel de desarrollo alcanzado por estos estados no es equiparable entre sí, por lo que no estaría de más, en un futuro más o menos próximo, barajar otras opciones en las que estuviera prevista no solo la concesión de facilidades a la movilidad geográfica, incidiendo especialmente en la lucha contra la inmigración irregular, sino la ayuda económica al desarrollo, la transferencia de conocimientos y la coordinación entre mercados laborales para que nacionales de terceros estados puedan beneficiarse tanto personalmente como a su propio país de la movilidad laboral. No olvidemos que este tipo de inmigrantes se mueven por otras motivaciones distintas que un nacional de un estado miembro, cuyo cambio de vida no será tan radical si esa libre circulación la plantea como una experiencia temporal. El auténtico inmigrante económico, sin embargo, procede de un estado extracomunitario, parte de una situación de base diametralmente opuesta, donde prima ante todo la incertidumbre acerca de su vida laboral de ahí en adelante, pero debemos tener en cuenta que también debe desempeñar un papel importante en el escenario laboral europeo: contribuir a la aportación de un volumen de mano de obra acorde con las necesidades de los estados para alcanzar unas mayores cotas de desarrollo económico y de cohesión social. En lo que respecta al propio trabajador, el objetivo inmediato sería la integración dentro de la sociedad de acogida, sin perjuicio de que su presencia pueda ser no permanente en base a posibles técnicas de inmigración estándar, que le devolverían a su país pero ya con un bagaje laboral adquirido.

6. La salida de la unión de un estado miembro: un acontecimiento inédito

Ya hemos apuntado hasta qué grado Reino Unido se ha mostrado tradicionalmente renuente a aceptar las mismas reglas de juego que el resto de socios comunitarios. Desde su ingreso en las Comunidades Europeas en 1973, los desacuerdos se han sucedido con la calculada periodicidad que recomendaba la equidistancia entre un excesivo protagonismo y la pretensión de no pasar desapercibido. El

convencimiento de ser un estado potente, que tendría que aportar a la organización más de lo que podría obtener de ella, ha influido en una continua reclamación de mejoras y privilegios con el fin de alcanzar un estatuto especial diferente al resto de estados.

Pero al tratarse de una circunstancia nunca hasta ahora acaecida en Europa, la incertidumbre sobrevuela el futuro económico de Reino Unido, que tendrá que enfrentarse a duras pruebas que podrían desestabilizar su equilibrio financiero, repercutiendo igualmente sobre las decisiones a adoptar en adelante en materia migratoria.

Que no hubiera sucedido nunca, no significa que no se previera tal eventualidad. La fallida Constitución europea admitía un resquicio para la ruptura del compromiso por parte de los estados en permanecer de forma estable en la Unión. Y eso es algo que hasta entonces los sucesivos Tratados no habían contemplado, por cuanto la solicitud de adhesión de cualquier estado conlleva asumir la obligación de pasar a pertenecer a las instituciones europeas sin condicionamientos temporales, y este dato marca la diferencia con una organización internacional en que, si a juicio del estado miembro concurren causas que así lo justifiquen, podría abandonarla. Por eso, la novedad de la Constitución europea no fue bien entendida en su momento. La “retirada voluntaria de la Unión” a que aludía su art. I-60 sentaba las bases de una eventual negociación para dar por finalizada la pertenencia del estado, propiciar su salida y determinar cómo habrían de articularse a partir de ese momento las relaciones entre ese estado y el resto de miembros.

Sería demasiado aventurado afirmar que este proyecto de Constitución fracasó y, por tanto, no obtuvo el voto favorable de los estados a la hora de su ratificación debido a esta cláusula, pero es evidente cómo las posiciones de los grupos más antieuropeístas dentro de las instituciones comunitarias dejaron oír su voz, y se abrió la puerta para que a partir de ese momento el plano virtual se transformara en una reclamación real.

No han faltado opiniones en contra, que barajan otra interpretación cuanto menos forzada de la situación, y es que la introducción de ese derecho de separación no sería sino la muestra de algo que nunca sucedería, un resultado nunca producido, debido a la fortaleza y solidez de la Unión, que a medida que transcurrían los años habría logrado un alto nivel de consolidación.

Con esta posibilidad, se abría una nueva vía en la Unión, notablemente arriesgada, pues bastaba con no atender a las peticiones de estados especialmente “rebeldes”, como Reino Unido, para que utilizaran el art. I-60 como forma de chantaje, y eso es precisamente lo que ha ocurrido.

El origen de esa retirada se remonta a enero de 2013, cuando el Primer Ministro Cameron en su programa electoral se comprometió a convocar un referendun sobre la continuidad del Reino Unido en la Unión, no sin antes conseguir un pronunciamiento de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno en febrero de 2016 para la interpretación y aplicación de algunas normas europeas que mejoraban sustancialmente las expectativas para el país.

La convocatoria de referendun, celebrado el 23 de junio de 2016, fue, sin embargo, un error de cálculo por parte de Cameron. En primer lugar, porque en ningún momento se determinó su carácter vinculante, tenía en principio un carácter consultivo a fin de sondear la opinión de la población británica. Podría haberse sometido directamente a votación en el Parlamento y, posiblemente, se hubieran conseguido los dos objetivos propuestos: cumplir con una promesa electoral tan destacada que su falta de cumplimiento hubiera colocado al mandatario en una posición incómoda, y lograr una votación parlamentaria no tan extrema, ciertamente con posiciones claramente contrarias a la permanencia en la Unión, pero nunca taxativas. Al optarse por la fórmula de la participación ciudadana directa, el pueblo británico se decantó en un 51,9% a favor de la salida (brexit) y un 48,1% , partidarios de la continuidad.

A partir de ahora, se inicia un período de incertidumbre en el que varias consecuencias serán plausibles. Desde luego, la posición de Reino Unido no podrá ser en adelante más ventajosa que la que venía recibiendo en su condición de estado miembro. No podrá exigir los mismos o similares derechos y, en contrapartida, intentar eludir sus compromisos alegando su falta de vinculación al proyecto europeo. Y eso es algo que los responsables comunitarios han de defender sin fisuras. Reino Unido no podrá adquirir tras el brexit un estatuto especial de estado no miembro con carácter privilegiado respecto de otros estados no pertenecientes a la Unión, ni mucho menos con una intención de afianzar los derechos que le correspondían anteriormente como socio. Las decisiones que se adopten por un estado, avaladas en este caso por el art. 50 del Tratado de la Unión, deben ir acompañadas de las consecuencias negativas

que para el estado se puedan derivar. Por lo tanto, es incuestionable que Reino Unido no podrá seguir disfrutando del mismo catálogo de derechos y beneficios que le eran reconocidos cuando era miembro de pleno derecho y, por supuesto, ese acuerdo afectará a todo el territorio del Reino Unido: Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, sin que sea admisible la negativa de uno de ellos de abandonar la Unión. Caso distinto es el de Gibraltar, que al tratarse de una colonia británica no forma parte strictu sensu del Reino Unido y pudieran ser, en su caso, otros los efectos derivados.

Tras la dimisión a la que se vio forzado Cameron, la Ministra de Interior, Theresa May, antieuropeísta reconocida, fue designada Primera Ministra, precipitándose los acontecimientos. Con su reiterada frase “brexit is brexit” se mantuvo firme en defender la ruptura definitiva con la Unión, sin posibilidad de buscar lugares de encuentro, con la consiguiente salida del mercado único, cerco al derecho a la libre circulación de personas y no sometimiento a las decisiones que pudiera adoptar en esta materia el Tribunal de Justicia. No se ha revelado aún cuál será su hoja de ruta, pero teniendo en cuenta que uno de los motivos de salida del Reino Unido fue la presión migratoria que durante los últimos años venía sufriendo, favorecida por esa libertad de circulación, y que a criterio de los responsables británicos era imposible de soportar. Por eso, un nuevo sistema de inmigración será implementado antes de marzo de 2019, plazo en que esa libertad se dará por finiquitada, lo que significa que en el próximo año y medio no se va a introducir aún modificación alguna ni siquiera arbitrando un régimen de transición hacia un nuevo modelo, sino que la libre circulación no se someterá a restricción alguna hasta ese momento. Sin haber transcurrido ese plazo, Reino Unido ha dado ya muestras de imponer sus condiciones, más estrictas para los demás que para ellos mismos, recuperando una competencia a la que se vieron forzados a renunciar. Pero, al propio tiempo, tratará de extraer las más amplias ventajas en la negociación de lo que sucederá con los residentes británicos en el territorio de la Unión.

El 17 de enero de 2017 se presentó el Libro Blanco sobre las posibles consecuencias del brexit, dejando entrever una flexibilización mayor de la esperada respecto a los nacionales de la Unión con residencia en territorio británico (que ascienden a casi tres millones de personas), hasta ahora el punto de mayor discrepancia con las instituciones europeas,

y el 8 de marzo, la Cámara de los Comunes ha autorizado al gobierno británico para acogerse al art. 50 del tratado de Lisboa a fin de iniciar ese proceso de desconexión.

Dicho precepto, en su párrafo 3, prevé que los Tratados Constitutivos de la Unión Europea dejarán de aplicarse a partir de la fecha de la entrada en vigor del acuerdo de salida o, en su defecto, y ésta parece ser la opción elegida, a los dos años a contar desde la fecha de notificación de la retirada, salvo que el estado en cuestión y el Consejo Europeo, por decisión unánime de sus miembros, acuerden la prórroga de ese plazo.

Como fase siguiente, se negociará el Acuerdo de salida¹⁷, que deberá ser aprobado por el Parlamento británico y por el Parlamento Europeo y que requiere de la ratificación de los 27 estados miembros, sin que haya quedado aclarado qué sucedería si un estado se niega a ratificar ese Acuerdo o lo hace fuera de plazo. Será entonces cuando Reino Unido pasará a la etapa de mayor complejidad, puesto que tendría que negociar como estado individual nuevas condiciones económicas, financieras, comerciales, socio-laborales, etc.

En este sentido, se ha apuntado la posibilidad de que los trabajadores comunitarios (pero que para Reino Unido serían extranjeros, quizá con algunas peculiaridades) pudieran seguir residiendo en el territorio del estado, si bien obteniendo un carnet especial que certificara su origen y que les permitiera permanecer con posterioridad al brexit.

Respecto a los empresarios británicos que quieran contratar trabajadores procedentes de la Unión, se ha propuesto asimismo la obligación de proveerse de un permiso de patrocinio y abonar un recargo económico por cada permiso solicitado, con el fin de dar prioridad a la contratación de trabajadores nacionales en lugar de procedentes de la Unión. Parece ser que la intención del Gobierno británico es apostar únicamente por los trabajadores comunitarios que demuestren una alta cualificación profesional. En agosto de 2017, el Ministerio del Interior presentó el documento “Fronteras, inmigración y ciudadanía después

¹⁷ Una vez firmado éste, y no antes, deberían continuar las negociaciones de cara a la consecución de un Acuerdo de asociación, com propone la delegación Permanente ante la Unión Europea de la CEOE en su Informe *Brexit: activación del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea para iniciar el proceso de salida de reino Unido de la UE*. http://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-347-brexit-activacion-del-articulo-50-del-tratado-de-la-ue-para-iniciar-el-proceso-de-salida-de-reino-unido-de-la-ue.pdf

de que el Reino Unido salga de la Unión Europea”, donde se diseña un mapa de concesión de permisos de trabajo, cuya duración oscilaría entre tres y cinco años para los trabajadores europeos con ocupaciones cualificadas que accedan al país tras el brexit, y de un máximo de dos años para aquellos trabajadores no especializados.

7. ¿Y tras el brexit, qué?

No es una pregunta de fácil respuesta, ya que las opciones son múltiples y no sería de extrañar que Reino Unido reclamara algún tipo de fórmula mixta que le garantizara mantener un status lo más similar posible al que venía disfrutando con anterioridad, pero imponiendo, eso sí, sus condiciones dentro del territorio británico. En tanto que aproximación, se han aportado las siguientes propuestas:

- primera posibilidad de soft brexit (o brexit blando): integrarse, como hizo Noruega, en el Espacio Económico Europeo y acatar las normas que se vayan aprobando pero sin intervenir en su proceso de elaboración. Sería una forma de asegurar su acceso al Mercado Único, garantizando asimismo la libre circulación y conservando buena parte de sus derechos actuales, pero con la contrapartida de que Reino Unido quedaría privado del derecho de voto y de participar en los comicios europeos y en los municipales de los estados miembros.

Esta opción parece poco probable, si tenemos en cuenta las muestras de superioridad de que ha hecho gala Reino Unido en todo momento que, de aceptar un trato de esta naturaleza, vería cómo no se le tomaría en consideración en sus propuestas y, en cambio, tendría que aceptar las decisiones de los demás.

- segundo tipo de soft brexit: la seguida por Suiza, procediendo a la celebración de múltiples Convenios bilaterales y multilaterales para mantener la libre circulación de trabajadores y la libertad de trabajo
- primera opción de hard brexit: poniendo como ejemplo a Canadá, de modo que Reino Unido vería restringidos algunos derechos

actualmente reconocidos, entre ellos, de forma señalada, la libertad de circulación, aunque sí se facilitarían la movilidad temporal de profesionales y autónomos

- segunda forma de hard brexit: conservar parte de los derechos aduaneros, pero renunciar a la libre circulación de trabajadores, como es el caso del Acuerdo de Asociación con Turquía
- opción más favorable a nuestro entender, aunque quizá no la más apetecible para Reino Unido: Adherirse a la Asociación Europea de Libre Comercio, que le permitiría conservar la libertad de circulación entre los estados del Espacio Económico Europeo

8. Los procesos secesionistas y sus efectos sobre la libertad de circulación

El fenómeno inverso al de salida de un estado de la Unión Europea sería el de la aspiración de continuar perteneciendo como miembro nato para aquella parte del territorio de un estado que ha decidido adquirir una independencia unilateralmente declarada. El caso más reciente, Cataluña, que el viernes 27 de octubre de 2017, pese al viento en contra, proclamó su segregación del estado español y su voluntad de seguir perteneciendo a la Unión sin solución de continuidad.

El proceso de secesión se venía gestando desde tiempo atrás, dado el descontento que provocó la STC 31/2010 28 de junio sobre el Estatuto de Autonomía catalán, y que fue la excusa para que cada vez con más fuerza los anhelos independentistas fueran ganando terreno.

La Unión Europea no se ha planteado en ningún momento cambiar su lógica jurídica y admitir entes territoriales inferiores a los estados, como pudieran ser las regiones o, tal y como sucede en España, Comunidades Autónomas. Y esa convicción es algo que siempre se mantuvo inalterable desde el momento de la adhesión española a las Comunidades Europeas, ya configurado el mapa autonómico, en que no se reconoció a las Comunidades ninguna competencia directa en materia de ejecución del Derecho Comunitario. La Constitución de 1978 reconocía en exclusiva al estado la competencia en el ámbito de las relaciones internacionales y, por tanto, la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas era de atribución estatal (art. 149.1.3).

La STC 165/94 26 de mayo aportó algo de luz a esta cuestión, marcando la diferencia entre el plano comunitario y la perspectiva internacional, destacando las implicaciones que el Derecho Comunitario despliega en las materias asumidas por las Comunidades Autónomas. De ahí que se diera cauce a las competencias de ejecución del Derecho Comunitario por parte de las Comunidades Autónomas siempre que nos situáramos ante materias de atribución autonómica.

Desde ese pronunciamiento, el Derecho de la Unión Europea ha ido evolucionando, y hoy es más amplio su ámbito de actuación en detrimento de las competencias nacionales y regionales de los estados, como consecuencia de esa voluntaria cesión de soberanía que realizan. Conscientes de ello, los partidos nacionalistas vienen reclamando una mayor esfera de influencia comunitaria, ante la imposibilidad a corto plazo de alcanzar sus aspiraciones soberanistas.

El punto ante el que nos encontramos ahora mismo es totalmente incierto. Cataluña no va a renunciar a su independencia y volverá a insistir sobre ello cuando encuentre la ocasión propicia. Ha sido ésta la primera vez que se ha materializado una secesión, si bien frenada después por procedimientos democráticos, y aunque los movimientos separatistas son consustanciales a la realidad política de algunos estados miembros, no encontramos otro ejemplo comparable a éste. Podríamos citar el caso de Groenlandia, territorio autónomo bajo soberanía de Dinamarca. Por razones de conveniencia, abandonó la Unión Europea pero siguió vinculada al estado danés, rigiéndose sus relaciones con la Unión por la Cuarta parte del TFUE relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar. Algo similar sucedió con la isla de San Bartolomé, bajo dominio francés, que en 2012 dejó de formar parte de la Unión Europea y celebró un Acuerdo de Asociación¹⁸. Por último, y como algo más cercano al supuesto español, el conflicto de Chipre, aún sin resolver, se ha saldado transitoriamente en el sentido ya conocido de conservar los derechos y la ciudadanía europea en tanto el norte de la isla, con aspiraciones secesionistas, siga perteneciendo a la República de Chipre.

¹⁸ Ver Decisión del Consejo Europeo n° 2010/718 29 de octubre por la que se modifica el Estatuto de la isla respecto de la Unión Europea.

9. Implicaciones de la secesión sobre la ciudadanía europea

La independencia adquirida por un nuevo estado, antiguo territorio de otro estado antecesor miembro de la Unión, genera efectos inmediatos sobre los residentes en esa demarcación geográfica, el primero de los cuales sería la incidencia sobre la ciudadanía europea.

La utilización del término “secesión” o “independencia” denota, como es evidente, una oposición del estado antecesor. Si una parte del territorio se segrega, es porque parte de sus responsables políticos no comparten los mismos ideales y desean alcanzar una identidad propia y separada¹⁹. Por consiguiente, la secesión se asimila a una falta de reconocimiento por parte del estado, generalmente por la ausencia de garantías democráticas y un incumplimiento flagrante de la legalidad tanto interna como internacional o supranacional, como es el caso. El estado que ve cómo se esfuma una parte de su territorio no se sentiría, lógicamente, preocupado en cuanto a cualquier compromiso asumible para con el estado secesionista respecto a los residentes en esa zona. Ello significa que solo a partir de acuerdos negociados con posterioridad, se podría delimitar el nivel de implicación del estado originario para con sus, hasta entonces, nacionales. Salvo que optasen por la nacionalidad del nuevo estado, los nacionales del estado anterior seguirían manteniendo su nacionalidad de origen y nada cambiaría, porque el estado antecesor, al no reconocer la realidad del nuevo territorio como estado independiente, los seguiría considerando como nacionales suyos.

Suponiendo que sus antiguos nacionales optaran por la nacionalidad del nuevo estado, la consecuencia inmediata sería la pérdida de ciudadanía europea al alcanzar esa pérdida también a la nacionalidad de un estado de la Unión y convertirse, por tanto, en nacionales extracomunitarios.

Como segunda consecuencia de esa falta de reconocimiento oficial, se desembocaría en una ausencia de relaciones diplomáticas con el

¹⁹ Desde posturas secesionistas, se ha argumentado que si España no reconoce la independencia de Cataluña, ésta seguiría formando parte integrante de la Unión Europea, porque esa secesión sería inexistente para las autoridades españolas y comunitarias. Nada más lejos de la realidad, ya que la percepción de la realidad ha de ser idéntica para todos, y si esa independencia se ha proclamado, aunque sin reconocimientos oficiales, automáticamente se produciría la salida de la Unión. Cfr. esta teoría en R. ARENAS GARCÍA, *El proceso de secesión en Cataluña y la Unión Europea*, La Ley Unión Europea n° 51, 29 de septiembre de 2017.

estado antecesor y con el resto de la comunidad internacional, entre ellos, los miembros de la Unión Europea. Por tal motivo, España no ha reconocido oficialmente a Kosovo, por ejemplo, para no sentar un precedente en el caso de cualquier Comunidad Autónoma que aspirara a proclamar su independencia.

En tercer lugar, la aparición de un nuevo estado no reconocido oficialmente y, por ende, fuera de la integración europea conllevaría el restablecimiento de controles en las fronteras con los estados miembros e incluso la exigencia de visado para acceder al territorio comunitario, salvo que se pactara un régimen específico propio para ese territorio.

En último término, el estado segregado debería solicitar su adhesión a la Unión si desea volver a pertenecer a esta organización, y atravesar por sucesivas fases de cribado, siguiendo el procedimiento ordinario para su incorporación. Es ésta una de las discrepancias manifiestas de la postura catalana, al considerar que la secesión no debería incidir en una salida de Cataluña de la Unión²⁰. Pero es que el razonamiento no es éste. De lo que se trata no es de que Cataluña haya sido expulsada de la Unión, sino de que, como estado independiente, tal y como se pretende, no forma parte de la Unión Europea y, por tanto, si ésta es su pretensión, deberá plegarse a las reglas jurídicas ordinarias previstas por el ordenamiento comunitario.

10. Libertad de circulación y secesión: ¿compatibilidad o falta de sintonía?

Si tras la secesión hubiera ciudadanos que siguieran conservando la nacionalidad del estado anterior, continuarían siendo ciudadanos de la Unión Europea. Pero puede ocurrir que no todos los nacionales sigan la misma suerte, por decisión voluntaria o por criterios impositivos de cualquiera de los dos estados, que opten por la elección entre una y otra nacionalidad o que exijan a los antiguos nacionales del otro estado que

²⁰ Resultado que se podría soslayar a través de una especie de “ampliación interna”, sin tener que acomodarse a los requisitos del art. 49 TUE. Vid. P. GARCÍA ANDRADE, *La ciudadanía europea y la sucesión de estados. A vueltas con las implicaciones de una separación territorial en el seno de la Unión Europea*, Revista de Derecho Comunitario Europeo n° 49, 2014.

se decanten por la adquisición de la nacionalidad del sucesor. Siendo esto así, y a resultas de la pérdida de la condición de ciudadano, se derivarían efectos inmediatos atinentes a la titularidad de los derechos socio-profesionales que la Unión reconoce a sus ciudadanos (libertad de circulación, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios), y recobraría fuerza la exigencia de visados y otras autorizaciones.

Tal circunstancia afectaría de igual modo a aquellos ciudadanos de la Unión que tuvieran fijada su residencia en el territorio secesionista y que pasarían de residir en la Unión a hacerlo en el territorio de un tercer país. Su status de ciudadanos comunitarios no resultaría afectado, al mantener su nacionalidad de origen, pero los derechos de que antes disfrutaban por residir en un estado miembro dejarían de ser reconocidos, la libre circulación entre ellos.

Si el estado sucesor se propusiera garantizar este derecho y no renunciar absolutamente a él, la adhesión a la Unión sería la vía directa, pero también la más lenta, con el riesgo añadido de no alcanzar el apoyo unánime de los estados que se viene exigiendo.

Si lo que se pretende es actuar por la vía rápida, sin perjuicio de los trámites de negociación, que se prolongarían más o menos tiempo en función de la superación de las diferentes etapas marcadas, la celebración de un convenio internacional con la Unión para la extensión de la libre circulación a los ciudadanos de ese estado pudiera ser la solución, teniendo presente que los nacionales de los estados miembros, en aplicación del principio de reciprocidad, podrían también desplazarse libremente por el territorio del nuevo estado.

11. Conveniencia de la intervención comunitaria

Las reacciones que han provocado recientemente las actuaciones secesionistas en Cataluña han hecho surgir la demanda en torno a la posibilidad de que desde instancias comunitarias se adoptará alguna decisión, siquiera recomendatoria, acerca de cómo dar respuesta a las dificultades que sin duda cuestionarían la legitimidad democrática de tal proceder.

Dos han sido las conductas más reiteradas a partir del momento en que se anunció primero y se proclamó después la independencia

catalana: a nivel individual, los estados, tanto comunitarios como de nuestro entorno cultural en Latinoamérica, se pusieron del lado del estado español, amparando tácitamente las decisiones que, con base en el Texto Constitucional, pudieran ser emprendidas; por su parte, las autoridades comunitarias se mostraron contrarias a aceptar un eventual nuevo estado, algo ya sabido de antemano, pues no era la primera vez que la Unión Europea se pronunciaba en ese sentido, pero con una novedad: al tratarse de un asunto interno dentro del territorio español, la Unión se abstendría de intervenir, por considerar que nos hallaríamos ante una mera cuestión doméstica. Y nada más lejos de la realidad: sin perjuicio de que, efectivamente, sea un tema que aqueja a la integridad del estado español, el hecho de que una parte de su territorio dejara de pertenecer a la Unión y mostrara su intención de solicitud inmediata de reconocimiento primero y de adhesión después, exigiría una toma de postura clara por parte de las instituciones de la Unión, máxime cuando entra en juego el cuestionamiento de los principios democráticos que fundamentan un estado de derecho, lo que bien pudiera constituir causa suficiente para la apertura, al menos, de una investigación por parte de la Unión.

LA MIGRACIÓN INTERNA Y SU INCIDENCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

DR. BILLY ESCOBAR PÉREZ

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. Experto en Derecho Social y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Dirección de Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares. Magister en Dirección Universitaria de la Universidad de Los Andes.
Dirección electrónica: bescobar@poligran.edu.co

1. Introducción

La presente pieza investigativa se ha elaborado con el propósito de abordar los aspectos propios del desplazamiento forzoso que inciden en la seguridad social, de la manera más sencilla posible, abocando los sistemas que intervienen en ello.

En este contexto, el documento está dividido para comprender los componentes generales, así como el detalle de los aportes, usos y contribuciones que hacen parte del plan de recursos que financian el Régimen Contributivo.

De esta forma, se espera que este documento se convierta en texto de consulta para quienes deseen comprender a profundidad el tema propuesto.

Palabras clave: conflicto, desplazamiento forzado, régimen, contributivo, subsidiado, guerra, seguridad social, desplazado, subsidio, fondo, subcuenta.

2. Fundamento teórico

El desplazamiento forzado, consecuencia de la guerra interna, es un lioso fenómeno en Colombia que involucra aspectos políticos, humanitarios,

sociales y económicos, y obedece a una estrategia guerrerista, cruel e inhumana.

Gran parte de la población en situación de desplazamiento se ubica en ciudades intermedias o capitales, y en lugar de aportar, su estadía empeora notoriamente la situación de vida de los pobladores de la ciudad de destino. (Ministerio de Salud, 2016)

Esta problemática tiene incidencia en diferentes aristas de la realidad nacional, entre ellas, en el sistema de seguridad social.

2.1. El desplazamiento forzado y la seguridad social

La seguridad social es un sistema que busca proteger a sus asociados de eventuales mutabilidades acaecidas con ocasión de contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

La seguridad social integral vigente en Colombia dispone de tres subsistemas que hacen parte del sistema de protección social, a saber: subsistema de salud, subsistema de riesgos laborales, y subsistema de pensiones y cesantías (Departamento Nacional de Planeación, 2015). Además, para lograr máxima cobertura, se abona a otros medios como son las Cajas de Compensación, el SENA, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Considerando que la seguridad social está consagrada expresamente en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los siguientes términos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (Naciones Unidas, 2017), el Estado colombiano dispone de un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la comunidad pueda gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de planes y programas que se desarrollan para proporcionar la cobertura integral de las contingencias (López, 2017).

2.2. Impactos del desplazamiento en el sistema de seguridad social

El desplazamiento forzado aleja a las personas de contribuir a la gran bolsa de ingresos común denominada ADDRESS. Más aun, debido a su condición, se ven obligados a acogerse al régimen subsidiado y a otros proyectos estatales para ayuda de desplazados, tales como el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas –PAPSIVI (Min-salud, 2017), del Ministerio de Salud y Protección Social, el programa de apoyo a la consolidación de sus derechos, de la Unidad para las Víctimas, el proyecto de fortalecimiento de la capacidad de gestión y de la coordinación SNARIV, o subsidios como el de financiación de vivienda de interés social para población desplazada, o el Subsidio Familiar de Vivienda en Especie -SFVE, en el marco del programa de vivienda gratuita. Adicionalmente, la población en situación de desplazamiento tiene derecho a solicitar ayuda humanitaria con el propósito de satisfacer sus necesidades básicas como son la alimentación, salud, atención psicológica, alojamiento, transporte de emergencia, etc. (López, 2017), y garantizar el mínimo vital. Este subsidio no podrá retirarse si los beneficiarios no cuentan con las condiciones de subsistencia mínima, so pena de vulnerar su derecho fundamental.

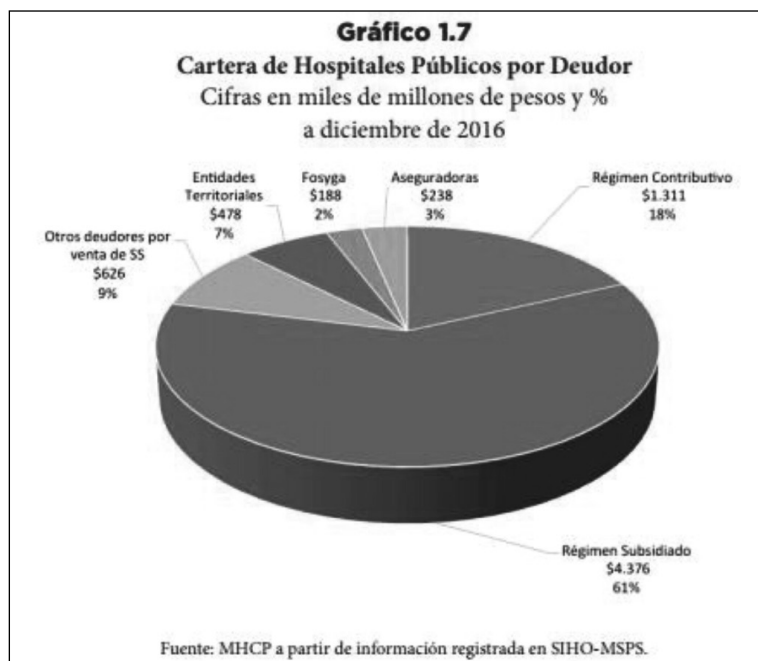
Todo ello implica ejecución de los recursos que financian el régimen subsidiado (recursos de Esfuerzo Propio, de la Nación (SGP) y del FOSYGA) como gastos estatales para mitigar el impacto y el daño que los hechos de violencia generaron en ellos. Por esto, en lugar de aportar al sistema, la población en situación de desplazamiento se convierte en gasto público.

El incremento considerable de subsidiarios a causa de la violencia y la palmaria disminución de contribuyentes, generó un enorme desequilibrio en el sistema de seguridad social.

Dicho sistema adolece de una desproporción indiciaria toda vez que los gastos de inversión superan los recaudos de contribuyentes y este comportamiento (superávit en gasto - déficit en ingreso) tiende a crecer.

La Cartera de los Hospitales Públicos ascendió a \$7.217 billones a diciembre de 2016. De este valor, el 15 % está clasificada hasta 60 días, pero el 48 %, que equivale a \$3.458 billones, corresponde a cartera clasificada mayor a 360 días, y por lo tanto de difícil cobro. (Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas “ACHC”, 2016) Los mayores

deudores son el Régimen Subsidiado con el 61 % de la cartera (\$4,3 billones), seguido del Régimen Contributivo con el 18 % de cartera (\$1.311 billones), y el Fosyga, que adeuda \$188 mil millones a los Hospitales Públicos (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017).



Como se recibe a diario gran cantidad de integrantes de comunidades víctimas del desplazamiento forzoso, la contribución al sistema se encuentra cada vez más reducida, y la cartera de deuda, por el contrario, eleva sus cifras disminuyendo la proporción indiciaria de cobertura sostenible con respecto a lo presupuestado para la población total proyectada por el DANE (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017). Para el final del año 2016 se evidenció una disminución de la cobertura en cerca de 2% respecto al 2015, según cifras del Ministerio de Salud y Protección Social.

El principal temor acerca de la evolución de este problema estructural es, a futuro, contar con tan pocos contribuyentes y tantos subsidiarios, que se haga insostenible su funcionamiento. Adicionalmente, el gasto que cada mes se paga en forma de pensión o indemnización por daños, le significa a la nación un índice de endeudamiento persistente, sin fondos que hagan frente a tan inclemente gasto.

A largo plazo, de seguir con la guerra interna, causa actual de la migración, (DANE, 2012) este desajuste se agravará sin control y exigirá tratamientos drásticos que involucrarán no solo al estado, sino también a sus asociados.

Para lograr mantener las condiciones de seguridad social en el país será necesario incrementar el número de trabajadores activos, según las cifras del DANE.

Con el fin del conflicto armado se plantea un panorama muy esperanzador toda vez que se incentivará una mayor predisposición a trabajar; y la apertura migratoria generará liberalización del mercado laboral para facilitar la creación de nuevos empleos. A su vez, se habilitarán mayores espacios de formación educativa que contribuirá a mejorar la cantidad y calidad del capital humano y, su productividad, le significará réditos económicos al país.

2.2.1. Desplazamiento impacta la calidad de los servicios estatales

Dentro de las actividades del Estado se destaca el esfuerzo para garantizar el acceso de la población desplazada al sistema de seguridad social. Sin embargo, este esfuerzo aunado a las restricciones presupuestales (menor ingreso de capital pero mayor necesidad de atención para quienes ingresan en calidad de subsidiarios) impacta en la prestación y calidad de los servicios brindados por el estado, (Cortés, 2013) generando limitaciones y problemas de acceso, toda vez que la rapidez y eficiencia en la prestación de los servicios, así como los insumos, procedimientos y otorgamiento de los mismos desmejorará considerablemente, lo que obligará al estado a cambiar sus dinámicas y reforzar los aspectos débiles para lograr el desarrollo sostenible del sistema (Agencia de la ONU para los refugiados, 2017).

2.2.2. Desplazamiento pone en riesgo la existencia de los hospitales públicos

El desmesurado gasto que significa la atención de migrantes internos pone en riesgo la existencia de la red pública de hospitales toda vez que el monto de la deuda morosa del régimen contributivo es excesiva y no hay expectativa de decrecimiento. (SHD, 2017) Para citar algunos

ejemplos, en el Hospital Federico Lleras ésta asciende a 92.000 millones; en el Hospital Universitario Fernando Troconis, de Santa Marta, supera los 28.000 millones; esto sin contar la deuda de las EPS a la red pública, cuya cartera sobrepasa los 365 días de mora, todo ello redunda en la falta de liquidez de la que padecen los hospitales públicos (Rodríguez, Edición 115) Ante tal situación, el Gobierno ha optado por efectuar giros directos a las instituciones hospitalarias para enfrentar los problemas de cartera mencionados. No obstante, esto solo resuelve una parte del problema, pero no soluciona el origen del mismo. El saneamiento de pasivos con la disminución de los subsidiados y el aumento de los contribuyentes es la única solución viable.

Entonces, si bien el sistema de Seguridad Social ha estado en problemas tanto por la involución demográfica, como por la baja productividad y el ausentismo laboral con ocasión del conflicto, la terminación del mismo -como bien afirmó el coordinador de las Naciones Unidas en Colombia, Fabrizio Hochschild, durante la presentación del estudio PNUD-CERAC- “traerá múltiples beneficios económicos y ayudará a atender de mejor manera los problemas estructurales del país. Ningún país en el mundo que haya logrado salir del conflicto de una manera durable ha dejado de sentir los beneficios de la paz” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia., 2016)

El Proceso de Paz adelantado por el Gobierno colombiano se firmó pensando en el futuro de los actores del conflicto, entre ellos la población desplazada. Es claro que el fin de un conflicto plantea nuevos desafíos, y el regreso de la población desplazada es uno de los muchos retos en los períodos posteriores a los conflictos. La reducción de la violencia les permitirá instalarse de nuevo, bien sea en su ciudad de origen, en el lugar de acogida o reasentarse en otra región, pero el mayor beneficio será el número de vidas humanas salvadas por la disminución de las hostilidades.

La Agencia de Refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR) estima que sólo el 3,2% de los desplazados retorna, pero bien sea que retornen a su ciudad de origen o permanezcan en otra región, el fin del conflicto les permitirá encontrar opciones laborales formales, debido a las políticas de reasentamiento reglamentadas por la ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado, para el período posconflicto.

El regreso de los desplazados como capital humano aportante del sistema, redundará en notables beneficios, entre otros, aumenta la posibilidad de recuperación de sus activos, que son causa de producción, y sus redes sociales personales. El sentimiento de cercanía por el regreso a sus lugares de origen, ayuda a las familias desplazadas a conectarse rápidamente a los mercados de trabajo y a las oportunidades económicas. Retomar estos aspectos trae consigo la fortaleza para reanudar actividades económicas en su entorno conocido que redundará en unas cifras menos para el sistema subsidiado, es decir que dejarán de recibir subsidios del estado, y empezarán a contribuir al mismo.

El fin del conflicto, entonces, trae consigo desarrollo para el país, por eso el reto de un desplazado debe ser también un reto para la sociedad en conjunto. La reducción de la migración interna, por la baja significativa de la violencia y el miedo, generará beneficios económicos sustanciales para la seguridad social en Colombia, entre ellos, la remoción de obstáculos que impiden el desarrollo económico y social que a su vez restringen el aporte al sistema; la reducción o desaparición de un costo social a causa del desplazamiento que permitirá invertir esos recursos en mejorar la calidad del sistema mismo; la generación de ganancias pecuniarias, tangibles e intangibles para las víctimas del conflicto que se asientan en un lugar; y gozar de nuevas y mejores oportunidades laborales para el desarrollo de sus individuos y, en últimas, para la sociedad. (Agencia de la ONU para los refugiados, 2017).

Adicionalmente, la supresión de los costos del conflicto, permite que se implementen otros planes de mejora de calidad de vida de los asociados, entre otros, planes progresivos de protección social y garantía de derechos de los trabajadores y trabajadoras; proyectos de erradicación del trabajo infantil; la promoción y estímulo de procesos organizativos de los trabajadores y trabajadoras del campo a través de lazos basados en la solidaridad y la cooperación; la promoción de la vinculación laboral de las personas que padezcan algún tipo de discapacidad; la promoción de vinculación laboral de las mujeres en áreas productivas no tradicionales; la capacitación a empresas, trabajadores y trabajadoras agrarios en materia de obligaciones y derechos laborales; así como el fomento de la cultura de la formalización laboral.

Con los recursos que ingresen, producto del aporte de la población antes desplazada y ahora contribuyente, se fortalecerá el sistema fijo

de inspección laboral y la creación de un sistema móvil que supervise a las áreas rurales. Se incentivarán planes y programas sociales y ambientales en busca del desarrollo agrario sostenible, con el apoyo de la comunidad de la zona.

La garantía de protección social por parte del estado, se verá representada incluso mediante la extensión de programas encaminados a la protección de contingencias que enfrenta la población rural de tercera edad en extrema pobreza, considerando las necesidades especiales de quienes por razones personales decidieron permanecer aislados del sistema de seguridad social.

Gracias a los aportes de los nuevos contribuyentes se promoverán esquemas de protección al embarazo, parto, lactancia y atención en salud para el recién nacido, ampliando progresivamente en cobertura y calidad los sistemas de salud y subsidio familiar, con enfoque especial en la mujer trabajadora del campo.

Con los recursos financieros aportados por los nuevos asociados al sistema, antes migrantes por violencia, se financiarán otros objetivos del sistema de seguridad social. Entre otros, aportarán al proceso de compensación a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y demás entidades con el fin de reconocer la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos a que tienen derecho estas entidades para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al Régimen Contributivo con sujeción a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud -POS- y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 4023 de 2011 y el Decreto 780 de 2016 - Decreto Único Reglamentario del Sector Salud, la ley y sus reglamentos (ADRESS, 2017).

Por el recaudo de los recursos provenientes de las cotizaciones obligatorias que se destinan a la Subcuenta de Compensación, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, los anteriormente migrantes, aportarán a distintas subcuentas como la de compensación y ayudarán a financiar las UPC del régimen especial de madres comunitarias y su núcleo familiar, según lo establecido en la ley 509 de 1999, la ley 1023 de 2006 y la ley 1187 de 2008. (Minsalud, 2016)

Adicionalmente, estos nuevos recursos se dispondrán para abastecer la Subcuenta de Compensación Interna, y el superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente se destinará para

la constitución de una reserva en el patrimonio de la Subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/lo licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo.

Con sus recursos aportarán a la subcuenta de solidaridad cuyos usos son para la ampliación y renovación del Régimen Subsidiado, fallos de Tutela, eventos de trauma mayor por violencia, apoyo técnico, auditoría y remuneración fiduciaria.

Asimismo, sus aportes contribuirán a la Subcuenta de Promoción que se utiliza entre otros, para el pago de actividades que realizan las EPS consideradas de mayor impacto en la protección de la salud y prevención de la enfermedad; financiación de campañas de prevención de la violencia y de promoción de la convivencia pacífica, a nivel nacional y territorial conforme a las prioridades establecidas por las autoridades competentes de salud. (ADRESS, 2017).

Asimismo aportarán a la anteriormente denominada subcuenta ECAT, creada mediante la Ley 100 de 1993 cuyo objeto gira en torno al cubrimiento de los procedimientos para el cobro de la atención en salud, gastos médico y quirúrgicos, indemnización por muerte, gastos funerarios, transporte en accidentes de tránsito, eventos catastróficos naturales y terroristas y para que otros, que como ellos cobertura y calidad los sistemas de salud y subsidio familiar, con enfoque especial en la mujer trabajadora del campo.

Con los recursos financieros aportados por los nuevos asociados al sistema, antes migrantes por violencia, se financiarán otros objetivos del sistema de seguridad social. Entre otros, aportarán al proceso de compensación a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y demás entidades con el fin de reconocer la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos a que tienen derecho estas entidades para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al Régimen Contributivo con sujeción a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud -POS- y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 4023 de 2011 y el Decreto 780 de 2016 - Decreto Único Reglamentario del Sector Salud, la ley y sus reglamentos (ADRESS, 2017).

Por el recaudo de los recursos provenientes de las cotizaciones obligatorias que se destinan a la Subcuenta de Compensación, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, los anteriormente migrantes,

aportarán a distintas subcuentas como la de compensación y ayudarán a financiar las UPC del régimen especial de madres comunitarias y su núcleo familiar, según lo establecido en la ley 509 de 1999, la ley 1023 de 2006 y la ley 1187 de 2008. (Minsalud, 2016).

Adicionalmente, estos nuevos recursos se dispondrán para abastecer la Subcuenta de Compensación Interna, y el superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente se destinará para la constitución de una reserva en el patrimonio de la Subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/lo licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo.

Con sus recursos aportarán a la subcuenta de solidaridad cuyos usos son para la ampliación y renovación del Régimen Subsidiado, fallos de Tutela, eventos de trauma mayor por violencia, apoyo técnico, auditoría y remuneración fiduciaria.

Asimismo, sus aportes contribuirán a la Subcuenta de Promoción que se utiliza entre otros, para el pago de actividades que realizan las EPS consideradas de mayor impacto en la protección de la salud y prevención de la enfermedad; financiación de campañas de prevención de la violencia y de promoción de la convivencia pacífica, a nivel nacional y territorial conforme a las prioridades establecidas por las autoridades competentes de salud. (ADRESS, 2017).

Asimismo aportarán a la anteriormente denominada subcuenta ECAT, creada mediante la Ley 100 de 1993 cuyo objeto gira en torno al cubrimiento de los procedimientos para el cobro de la atención en salud, gastos médico y quirúrgicos, indemnización por muerte, gastos funerarios, transporte en accidentes de tránsito, eventos catastróficos naturales y terroristas y para que otros, que como ellos La eliminación de la migración no solamente permitirá devolver la tierra a quien por justicia le corresponde, es decir a los campesinos, sino, con ello, se devolverá la vida al campo y se logrará la restauración de hogares integrados por familias completas. Todo ello redundará en la percepción del país y logrará un cambio sustancial del mismo, que significará mayor atención de la comunidad internacional, mejor concepto y más inversión. A menor migración interna, mayor inversión extranjera. La eliminación del desplazamiento forzoso no solo cambiará personas o un sistema de seguridad social, cambiará al país en su conjunto.

Adicionalmente, con el aporte a la seguridad social de quienes se vinculen laboralmente, contaremos con más recursos para educación, que significará mayor capacitación y experticia para el desempeño de labores técnicas, es decir, más y mejor mano de obra, que se vinculará al sector laboral formal; Se podrá acceder a mejor calidad educativa para los estudiantes y mayor oferta académica para que sus maestros se capaciten. A menor desplazamiento, menor delincuencia. Al abrir nuevos mercados, habrá más industrias para que la población especial prioritaria se vincule al sistema de seguridad social y redundará en mayor competitividad económica.

2.3. Cifras del sistema de seguridad social

Al pasar a integrar la esfera contributiva, el efecto en la cobertura de afiliación general y en la sostenibilidad financiera del sistema se hará evidente. En 2008 se observaba que apenas el 23 % del total de afiliados era cotizante, es decir que un 77 % de los ciudadanos se refugiaba en el marco subsidiado del sistema, de ahí el desbalance y el hueco fiscal que hacía que cumplir con los propósitos de cobertura universal fuera un esfuerzo sin rendimientos. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017).

Entre 1994 y 2009 la tendencia ingreso-gasto evidenció un notable desajuste que solo es comparable con la época de crisis sufrida a principio de los 90. (Asociación colombiana de Medicina Integral, 2017) (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017).

Cuadro 1
Transferencias de la nación en salud y gasto público en salud

| Año | Transferencias de la nación en salud | | Gasto público en salud | |
|------|--------------------------------------|-----------------------|------------------------|--|
| | % del PIB | % del ingreso público | % del gasto público | Per-cápita % del salario mínimo legal vigente |
| 1994 | 0,6% | 6,3% | 5,7% | 16% |
| 1998 | 1,0% | 9,1% | 6,5% | 27% |
| 2002 | 1,1% | 8,2% | 6,2% | 27% |
| 2006 | 0,9% | 6,3% | 5,2% | 30% |
| 2009 | 1,0% | 6,5% | 5,2% | 35% |

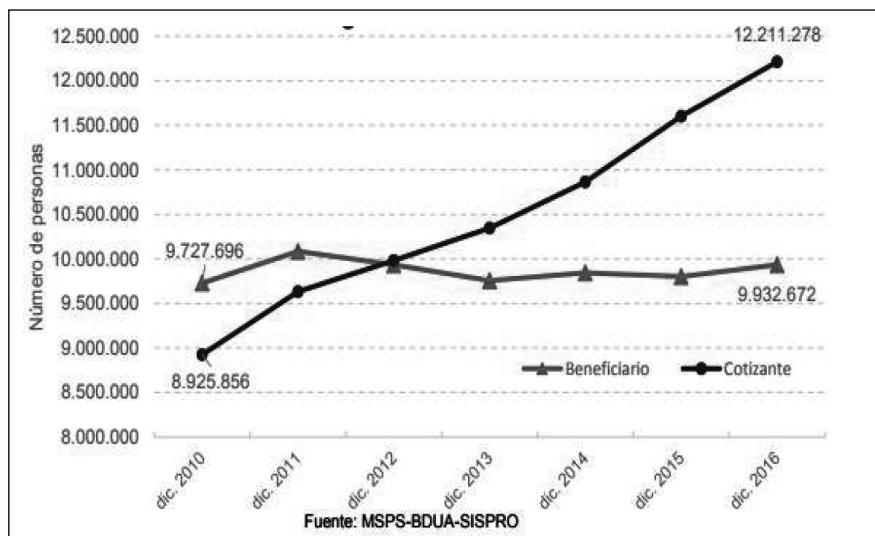
Fuente: Cálculo Fedesalud.

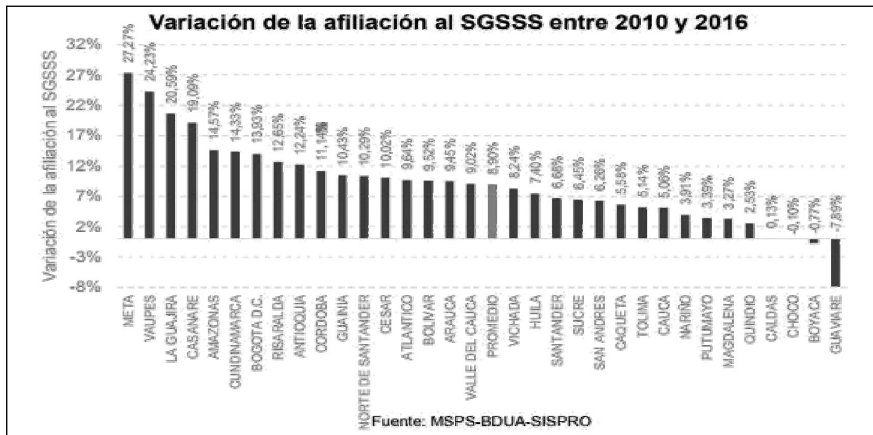
Al disminuir la afiliación contributiva y aumentar el porcentaje de gasto público, (gasto representado en cuotas moderadoras, copagos o compra de servicios de salud (consultas, medicamentos, procedimientos) originados por la masiva afiliación al sistema bajo el régimen subsidiado, hicieron aparición las conocidas barreras de acceso a los servicios que

componen el sistema de seguridad social, mayor espera para la asignación de citas, reducción de tiempo de atención en consultorio, menor calidad de medicamentos y procedimientos, dilaciones y demoras para atender las solicitudes de pensión, demoras en los pagos de las mismas, etc., medidas derivadas del deseo de efectuar la mayor cantidad posible de ajustes económicos y lograr la mayor cobertura posible en los subsistemas. No obstante, mayor cobertura no siempre es sinónimo de calidad. Los recursos que la sociedad destinó a salud en 2010 equivalieron a 7,9% del PIB. Esos recursos provienen de cotizaciones o aportes laborales (26,50 millones de pesos de 2010), Recursos privados (19,50 millones de pesos del 2010), Recursos públicos (54,0 millones de pesos de 2010) para un total (5) de 42.066 (millones de pesos del 2010). (Ministerio de Salud, 2016).

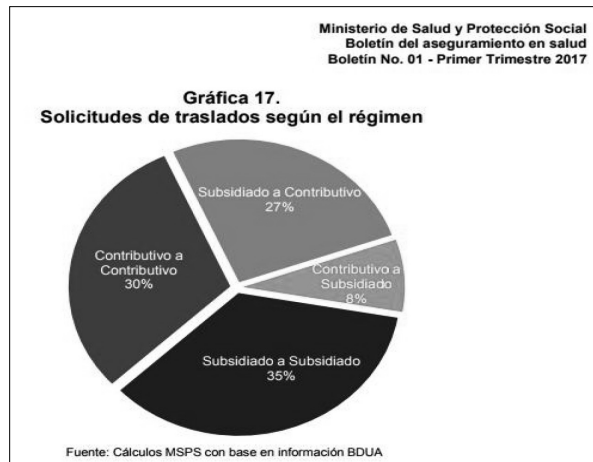
Uno de los grandes retos del aseguramiento en salud era la involución de la población cotizante en el régimen contributivo desde el año 2012 podemos evidenciar que la cobertura ha ido en aumento constante. lo que representó que en 2016 el 95,6%8 de la población pudiera acceder al sistema de salud colombiano. Pero el aumento en la cobertura no sólo buscaba que más gente accediera al sistema de salud, también se buscaba que el acceso representara altos índices de calidad. (Salud Capital, Alcaldía Mayor , 2017).

Las cifras del Ministerio de Salud y Protección Social dan cuenta de que la afiliación al régimen contributivo mostró serios índices de crecimiento, así:

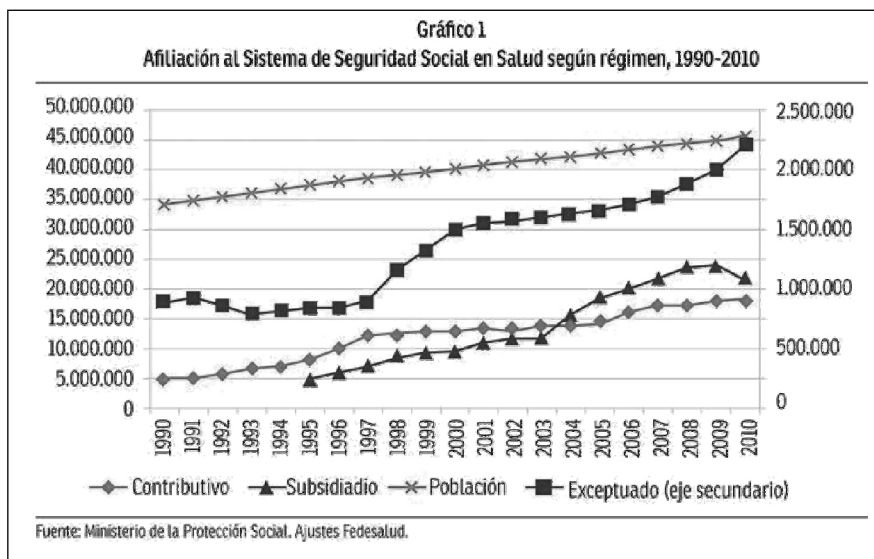




En consecuencia, las solicitudes de traslado de régimen han sido contundentes toda vez que para el primer trimestre del 2017 la solicitud de traslado de régimen subsidiado a contributivo fue del 27%, que coincide con el cese de hostilidades impulsado en el gobierno del presidente Santos. (FOPEP, 2017).



En el gráfico subsiguiente se observa que desde 2004 la afiliación del régimen subsidiado superaba al del Régimen Contributivo lo que generó tan considerable desajuste en el sistema de protección social que depende de los ingresos de sus asociados para atender las necesidades de los afiliados al régimen. En 2010, el del régimen subsidiado ya representaba el 47,5 por ciento del total de la afiliación y comenzó a mejorar. (Departamento Nacional de Planeación, 2015).



2.4. Marco legal para la atención en salud de la población desplazada

Dentro de las políticas gubernamentales dispuesta para el sector salud, encontramos los siguientes:

Acuerdo 44 de 1997: Fija los criterios de distribución de los recursos de la Subcuenta de Promoción del Fondo de Solidaridad y Garantía provenientes del Impuesto Social de municiones y explosivos para las poblaciones en condiciones de violencia en las zonas de conflicto, lesiones intencionales, maltrato infantil y NBI.

Acuerdo 59 de 1997: Declara como evento catastrófico el desplazamiento masivo de la población por causa de la violencia y otorga el derecho a recibir los servicios de salud necesarios para la atención oportuna de la enfermedad derivada de la exposición de riesgos inherentes al desplazamiento.

Acuerdo 52 de 1997: Aprueba junto con el Acuerdo No. 60, el presupuesto del Fondo de solidaridad y Garantía en la vigencia 1997.

Acuerdo 64 de 1997: Prioriza la asignación de recursos de la Subcuenta de solidaridad y promoción del FOSGYA provenientes del impuesto social a las armas, para la atención de trauma mayor ocasionado por la violencia, siendo el criterio de prioridad las zonas de conflicto armado

y las regiones con mayores frecuencias de lesiones intencionales que causen discapacidad, morbilidad y mortalidad.

Acuerdos 72 y 74 de 1997: Define y amplía el Plan de Beneficios del POS Subsidiado. Adiciona la rehabilitación y trauma mayor para los hospitales en las zonas de conflicto. Promueve la convivencia pacífica y la rehabilitación física, funcional entre los beneficios.

Acuerdo 77 de 1997: Por el cual se define la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud que obliga a cualquier IPS a la prestación de servicios de salud a la población desplazada que está asegurada, sin limitación territorial, aun cuando no exista contrato directo con la ARS. El aseguramiento sigue a la persona.

Acuerdo 85 de 1997: Por el cual se adiciona al Acuerdo N° 59, la atención a las necesidades de salud derivadas de los riesgos inherentes al desplazamiento tales como los medioambientales, nutricionales y psicosociales a la población afectada.

Acuerdo 86 de 1997: Por el cual se aprueba el presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía para la vigencia fiscal de 1998 y se asignan los recursos para la atención de la población desplazada.

Acuerdo 94 de 1998: Por el cual se modifica el Acuerdo 86 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Acuerdo 120 de 1999: Mediante el cual se aprueba el presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía y se asigna el presupuesto para la atención de la población desplazada por la violencia, para la vigencia de 1.999.

Acuerdo 160 del 2000: Por el cual el Consejo Nacional de Seguridad Social aprueba el presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía vigencia fiscal 2000 -Subcuenta ECAT por \$ 9.624.318.059.00 para la Atención de la población desplazada.

Ley 387 de 1997: Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en Colombia.

Ley 1148 de 2011: Ley de víctimas y restitución de tierras. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

3. Metodología

El procedimiento a través del cual se estudió y se puso a prueba la hipótesis principal fue asentado en el método deductivo, partiendo de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular y siguiendo un conjunto de pasos y etapas que hicieron posible la presente investigación.

La presente pieza investigativa se alineó con el objeto de presentar una visión general acerca de los efectos y la incidencia de la migración interna en la seguridad social.

Su funcionamiento de tipo diacrónico pretende continuar estudiando el fenómeno en un período largo de tiempo con el objeto de verificar los cambios producidos en el posconflicto.

4. Conclusiones y discusión

La eliminación del desplazamiento forzoso no solo cambiará personas o un sistema de seguridad social, cambiará al país en su conjunto.

Con el fin del conflicto armado se plantea un panorama muy esperanzador toda vez que se incentivará una mayor predisposición a trabajar; y la apertura migratoria generará liberalización del mercado laboral para facilitar la creación de nuevos empleos. A su vez, se habilitarán mayores espacios de formación educativa que contribuirá a mejorar la cantidad y calidad del capital humano y, su productividad le significará réditos económicos al país.

Las cifras del Ministerio de Salud y Protección Social dan cuenta de que la afiliación al régimen contributivo en los últimos cinco años ha mostrados serios índices de crecimiento

Adicionalmente, con los aportes a la seguridad social de quienes se vinculen al sector laboral formal, Colombia contará con más recursos para inversión social para invertir en las personas que componen el país, esto significará mejor calidad de vida

Al abrir nuevos mercados, habrá más industrias para que la población especial prioritaria se vincule al sistema de seguridad social lo cual redundará en mayor competitividad económica.

Por el derecho a la vida, celebramos la paz por el derecho a la vida digna de todos los colombianos. Sin secuestros, ni torturas, ni muertes, ni desplazamiento forzado.

Bibliografía

- ADRESS. (mayo de 2017). *Usos de los Recursos de la Subcuenta de Compensación*. Obtenido de <http://adress.gov.co/doc-usos-fosyga.aspx>
- Agencia de la ONU para los refugiados. (27 de agosto de 2017). ACNUR. Obtenido de http://www.acnur.org/media/COI_2821
- Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas “ACHC”. (2016). *Reporte de cartera de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas*. Bogotá, D. C.,: ACHC.
- Asociación colombiana de Medicina Integral. (13 de febrero de 2017). *Acemi.org*. Obtenido de <http://www.acemi.org.co/indicadores-del-sistema-de-salud-publicacion-2017.html>
- CORTÉS, A. F. (2013). Conflicto, violencia socioeconómica y desplazamiento forzado en Colombia. *Bdigital Portal de Revistas Universidad Nacional de colombia*.
- DANE (2012). Demografía y población-Movilidad y migración. *Congreso de Asociación Latinoamericana de Población ALAP*.
- Departamento Nacional de Planeación. (23 de septiembre de 2015). *Departamento Nacional de Planeación*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/paginas.aspx>
- FOPEP. (25 de Junio de 2017). *Fopep*. Obtenido de <http://fopep.gov.co/sección/solicitud-traslados-eps.html>
- LÓPEZ, J. (24 de marzo de 2017). *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/justicia/servicios/10-derechos-de-las-personas-desplazadas-en-colombia-81040>
- Ministerio de Salud. (2016). *Plan de atención integral Ministerio de Salud*. Obtenido de <http://www.disaster-info.net/desplazados/documentos/minsalud/PlanAtencionIntegral.htm>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2017). Boletín de Seguridad Social, segundo semestre. *Publicación semestral Minsalud*, 12, 18, 36.
- Minsalud. (2016). *Fuentes de Financiación y Usos de los Recursos*. Bogotá, D. C.

- Minsalud. (07 de junio de 2017). *Ministerio de Salud y Protección Social*.
Obtenido de http://www.minsalud.gov.co/protecciónsocial/Paginas/Victimas_PAPSIVI.aspx
- Naciones Unidas. (12 de septiembre de 2017). *United Nations*. Obtenido de [http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/Programa%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20para%20el%20Desarrollo%20en%20Colombia).
(2016). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia*. Obtenido de <http://www.co-undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2014/06/10/-qu-ganar-colombia-con-la-paz-.html>
- RODRÍGUEZ, O. (Edición 115). Colombia. La crisis del sistema de salud. *Le Monde Diplomatique*.
- Salud Capital, Alcaldía Mayor. (6 de julio de 2017). *Salud Capital*. Obtenido de <http://www.saludcapital.gov.co/DASEG/paginas/régimensubsubsidado.aspx>
- SHD. (2 de septiembre de 2017). *SHD*. Obtenido de Informe población en situación de desplazamiento: <http://www.shd.gov.co/files/documentos/inf-seg-trimestre.aspx>

LAS MIGRACIONES Y SU TRANVERSALIDAD
Alcalá de Henares, España del 8 al 10 de noviembre de 2017
Panel 7: Migraciones y su Transversalidad con la Seguridad Social

DRA. ÁNGEL GUILLERMO RUIZ MORENO¹
Doctor *cum laude* en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid

RESUMEN:

Las migraciones son elemento esencial de la vida humana en sociedad, lo que define tanto a las sociedades actuales como a la idiosincrasia regional o nacional. La historia de la humanidad calcula que el fenómeno de las migraciones sucede de manera constante desde hace unos doscientos mil años, por lo que lejos está de ser un fenómeno nuevo al ser anterior incluso a la existencia misma del Estado como creación humana de organización social y también previa a la propia ciencia jurídica.

El tema es muy complejo y tiene múltiples aristas, por lo que su estudio integral debiera ser interdisciplinario. No obstante, hay diversos tipos de migraciones tanto internas como externas, y entre ellas encontramos a movimientos espontáneos de reagrupamiento de poblaciones; grupos de individuos que emigran en busca de refugio como única alternativa para preservar la vida; los hay quienes emigran debido a desastres naturales o bien por otras causas.

¹ Doctor *cum laude* en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, España. Investigador Nacional Nivel III del SNI-CONACYT. «Maestro Emérito» de la Universidad de Guadalajara (México), siendo además Coordinador de su Doctorado en Derecho. Presidente Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 'Dr. Guillermo Cabanellas' (AIJDTSSGC). Presidente de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social (AMDTPS).

Sin embargo, cuando la emigración es para fines estrictamente laborales, debe recibir el individuo un trato jurídicamente diferenciado por parte del Derecho Social Internacional, así como por los ordenamientos jurídicos nacionales tanto del país de salida como el de llegada, diferenciándosele del resto de las migraciones al tratarse la migración laboral de dos derechos humanos inalienables e irrenunciables que convergen en un solo acto: por un lado, el derecho a migrar, y por el otro lado, el derecho a trabajar, previstos ambos derechos fundamentales en los artículos 13 y 23 de la «Declaración Universal de los Derechos Humanos» de Naciones Unidas. Este artículo aborda tan compleja problemática de gran actualidad.

PALABRAS CLAVE:

Migración laboral, derechos humanos, regulación internacional.

ABSTRACT:

Migrations are an essential element of human life in society, which define both modern societies and regional or national character. The history of mankind estimates that the phenomenon of migration has happened steadily since about two hundred thousand years ago, so it is far from being a new phenomenon; it is beyond the very existence of the State as a human creation of social organization and even the origins of the legal science itself.

This issue is very complex and has different facets, so its comprehensive study should be interdisciplinary. However, there are different types of internal and external migration, and among them are a spontaneous movement of regrouping of populations, groups of individuals who migrate in search of refuge as the only way to preserve life, those who migrate due to natural disasters, or due to other causes.

However, when emigration is strictly for labour purposes, the individual must receive a legally differentiated treatment by International Social Law, as well as national legal systems of countries of departure and arrival, differing from the rest of labour migration because two inalienable and indispensable human rights converge in one act: on the one hand, the right to migrate, and on the other hand, the right to work; both fundamental rights provided in Articles 13 and 23 of the “Universal Declaration of Human Rights” of the United Nations. This article addresses those complex problems of current interest.

KEYWORDS:

Labour migration, human rights, international regulation.

Sumario:

1. Los problemas de la migración para fines laborales.
2. El derecho humano a migrar para trabajar.

3. El derecho humano al trabajo de los migrantes.
4. La protección social para los migrantes.
5. Breves conclusiones.
6. Bibliografía consultada.

1. Los problemas de la migración para fines laborales.

Las migraciones son elemento esencial de la vida humana en sociedad, lo que con el tiempo definió tanto a las actuales sociedades como incidió decisivamente nuestra idiosincrasia nacional. La historia de la humanidad calcula que el fenómeno de las migraciones sucede de manera constante desde hace unos ¡doscientos mil años!... por lo que este fenómeno es anterior a la existencia misma de cualquier antecedente social, a las naciones primarias y a la cultura misma y, en especial, interesa decirlo, del Estado entendido aquí como una creación humana de organización social.

Los constantes flujos migratorios a lo largo de los siglos, han construido, deconstruido y reconstruido lenta cuanto inexorablemente las sociedades contemporáneas. Entendidos desde sus distintas vertientes, los movimientos espontáneos de reagrupamiento de poblaciones que por alguna causa han sido divididas, u obligados por razones de guerra, la inseguridad o desastres naturales, lo cierto es que la gente ha migrado, con o sin permisos.

Para ubicarnos en nuestros tiempos, en América Latina, a mediados del siglo xx, hubo un notorio proceso de migración interna del campo a las áreas urbanas, lo que coadyuvó a la creación de grandes urbes pero con notorios cinturones de miseria rodeándoles; los casos más emblemáticos lo son: el Distrito Federal (México), Sao Paulo (Brasil), Buenos Aires (Argentina), o Caracas (Venezuela), si bien al menos las 3 primeras ciudades nombradas también recibieron notorias migraciones internacionales, lo cual representó un doble desafío para la población nativa moradora y sus gobernantes².

² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. *Seguridad Social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*. Coedición de la Universidad de Guadalajara y el Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 217 y sigs.

La migración es pues, en apretada síntesis, un fenómeno constante e imparable de larga data, ocasionado por grandes movimientos sociales, culturales, económicos, geográficos y políticos, y también asumido por elección espontánea o forzada; las mezclas de razas y la eterna búsqueda de mejores condiciones de vida, dieron origen a desplazamientos en masa de la población a lo largo de los siglos y, en consecuencia, las múltiples migraciones que han ocurrido desde épocas inmemoriales es una cuestión natural propia de la especie humana.

Contrario a lo que parece hoy día, debido a la exposición mediática especulativa del tema, y mediante el uso indiscriminado de las redes sociales, no es un fenómeno nuevo, ni tampoco es un tema poco analizado desde el ámbito científico... excepto, quizá, por nosotros los iuslaboralistas que no lo hemos terminado por comprender todavía y que, como algunas veces nos rebasa la dura realidad —que suele ser más sabia pero sobre todo es más veloz que la ciencia del Derecho, que siempre va a la zaga persiguiéndola para intentar regularla de mejor manera—, a veces prejuiciosamente le tildamos de ser un “problema” cuando no es más que simple realidad. E igual nos sucede también, como no, con la compleja temática de la protección social, en cuyo elenco obviamente se halla también la seguridad social contemporánea.

Por otra parte, conviene recordar aquí que aparte de ser una innegable realidad, la migración, al igual que lo son el trabajo y el derecho de accesos a los servicios nacionales de seguridad social, *son también derechos humanos*. Y si la gente migra, lo hace en muchas ocasiones para conseguir un mejor empleo que signifique un mayor ingreso y la posibilidad de un mejor nivel de vida, o simplemente para poder trabajar porque en su país de origen no tiene oportunidad de hacerlo.

Avaluémoslos entonces, jurídicamente, como lo que son en realidad: derechos humanos inalienables, irrenunciables e inextinguibles.

2. El derecho humano a migrar para trabajar.

En efecto, la enorme valoración que en el rubro de los *derechos humanos* se ha conseguido en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo a partir del 10 de diciembre de 1948 cuando en París surge la «Declaración

Universal de los Derechos Humanos» (DUDH) de Naciones Unidas³, se ha enfocado el tema migratorio de muy distinta manera al dársele la enorme importancia que reviste en la existencia cotidiana de millones de individuos migrar para fines laborales⁴.

Desde entonces se ha venido construyendo una nueva cultura para intentar comprender de mejor manera este complicado asunto, de múltiples aristas y facetas que de repente se ha convertido en un tema de enorme actualidad mundial; pienso que se necesitarían bibliotecas enteras capaces de resguardar el perfil histórico, político, geográfico, filológico, sociológico, psicológico o jurídico, de este espinoso tema migratorio, de gran calado social y humano, para llegar a efectuar un diagnóstico integral a nivel mundial, a fin de pronosticar con relativa certeza lo que está por venir.

Las estadísticas migratorias existentes son demasiadas y de los más diversos perfiles, por lo que en las ciencias sociales no puede haber una verdad absoluta acerca del fenómeno migratorio para fines laborales; es imposible siquiera delinearlas aquí a grandes rasgos, y menos es posible todavía dimensionar los grandes cambios demográficos que, al paso del tiempo, se han generado a partir de la peculiar manera en cómo países y continentes enteros se fueron poblando hasta llegar a ser el mosaico de razas y etnias que hoy son.

Nos limitaremos entonces en este apartado, por razones metodológicas y de espacio, a mencionar el tema migratorio observado desde su perfil de *derecho humano para fines laborales*, en razón de lo cual no abordaremos la temática de los refugiados ni otros subtemas migratorios análogos.

Pues bien, para comenzar hay que dar por sentado que *el derecho a migrar* —en su dual vertiente, interna y externa—, *es un derecho humano* reconocido e incorporado desde hace ocho décadas al catálogo de la DUDH, documento que bajo los principios jurídicos *pro persona* y de *convencionalidad*, adquiere el nivel de derecho fundamental por ser

³ «Declaración Universal de los Derechos Humanos», de la Organización de las Naciones Unidas. Texto consultable en el sitio web: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁴ La Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS), con sede en Ginebra, Suiza, fundada en 1927 y que aglutina a 370 organizaciones gestoras de la seguridad social de más de 150 países, informó en 2015 que se calcula existen 244 millones de migrantes y el 90% de ellos migró en busca de trabajo. Consúltense datos completos en las ligas web de la AISS, y específicamente el Informe de su Secretario General, Hans Horst Konkolewsky, en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2007000400004

la *libertad de tránsito* un derecho humano reconocido como tal por el artículo 13 de la aludida DUDH, precepto que en síntesis alude a nuestra libertad de movimiento geográfico y cuyo texto indica claramente:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país⁵.

Si lo anterior lo vinculamos al *derecho al trabajo* que naturalmente todos tenemos como individuos libres que somos, consagrado por el artículo 23 —y complementado por el artículo 24 que alude al descanso, disfrute de tiempo libre, limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas —, ambos preceptos de la propia DUDH, entonces la primaria conclusión sobre este particular resulta más que evidente: *la migración laboral es un derecho humano dual*, por más que el derecho vigente emanado de los órganos del Estado emisor o receptor pretendan ignorarle toda vez que se enfocan en condicionarle, restringirle e impedirlo.

Porque el aludido artículo 23 establece en lo conducente:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a salario igual por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para defensa de sus intereses⁶.

⁵ Véase texto en la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», de la Organización de las Naciones Unidas. Texto consultable en el sitio web: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁶ Consultar texto en la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», de la Organización de las Naciones Unidas. Texto consultable en el sitio web: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

De manera pues que *el derecho a migrar*, al igual que *el derecho a trabajar*, no son derechos otorgados ni deben ser denegado su reconocimiento por algún Estado, pues en esencia se trata de *derechos humanos inherentes a la propia persona humana*, por el simple hecho de serlo; derechos irrenunciables e inalienables ambos que —por si algo faltase por argumentar—, han sido ya reconocidos al ser recogidos en la enorme mayoría de las constituciones políticas del mundo en un proceso de *constitucionalización* del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social a partir de la mítica Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917 que por cierto termina de festejar su primer Centenario. Estamos pues, también en materia laboral, frente a un derecho fundamental.

Y es obvio que también se encuentra plasmado el derecho *al y del* trabajo, tanto en las propias legislaciones nacionales derivadas de dicho reconocimiento constitucional expreso, como lo está también —ya expresa o ya implícitamente—, en los Pactos, Tratados y Convenios Internacionales vigentes en materia de los derechos humanos. E igualmente, lo están también en múltiples criterios de opinión consultiva⁷, en normativas regulatorias de la Organización Internacional del Trabajo y hasta en políticas públicas de buenas prácticas de calado global, siempre más allá de lo que el concepto esquivo e inasible de *soberanía nacional* signifique hoy día, en un mundo de fronteras nacionales diluidas y porosas como el nuestro.

En ese hilo de ideas, en un mundo globalizado e interconectado tecnológicamente, al menos en teoría los países del planeta no pueden prohibir ni tampoco pueden impedir las migraciones humanas nacionales e internacionales; regularlas sí que pueden hacerlo, empero, frente a lo

⁷ Véase entre otras, la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por México a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, denominada: «Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados», que en once puntos concluyentes fija por unanimidad de votos de sus integrantes, que todos los Estados nacionales tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, pues en ambos casos debe cumplirse con el principio de igualdad y la no discriminación... incluyendo en esa tratamiento jurídico, claro está, a las propias políticas públicas migratorias.

Se puede consultar el PDF íntegro de dicha Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en la liga: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>

antes expresado, deberán hacerlo con objetividad y sentido humanitario, porque legítimamente no puede prohibírsele a nadie —y menos impedir por la fuerza— el total disfrute de los derechos humanos a migrar, al trabajo, así como a la protección y seguridad sociales. Máxime cuando es evidente que, a golpe de simples decretos legislativos, normativas u ordenanzas administrativas, es imposible modificar la realidad.

Y la única realidad compartida globalmente, es que los derechos humanos, en razón de su naturaleza intrínseca, son inalienables, irrenunciables e inalienables, siendo válidos en todo tiempo y lugar con base a los principios jurídicos rígidos e inamovibles como lo son: la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, debiendo siempre los Estados nacionales reconocerlos, promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Al punto habrá que recordar que, si bien existen opiniones divergentes, lo cierto es que *implícitamente* la DUDH ha sido reconocida ya como lo que es en realidad: un instrumento clave y vinculante para todos los Estados del planeta, sean miembros o no de la Organización de las Naciones Unidas⁸.

Ello con independencia de la enorme fuerza moral de la DUDH, por ser el documento *fuentes* de todos los Pactos, Tratados y Convenios Internacionales existentes en materia de Derechos Humanos en el planeta, siendo este un tema polémico que si no de manera expresa en materia jurídica, sí que admite una notoria interpretación *pro persona*, y al respecto hay múltiple literatura jurídica consultable⁹.

De manera que si la migración es añeja historia humana, y además la ciencia del Derecho también es inherente a la historia misma de las sociedades, será necesario entonces comenzar por entender en su exacta dimensión la temática de los derechos humanos, sobre todo cuando se analice el tema de la migración laboral, a fin de no incurrir en la tentación

⁸ Se sugiere al lector analizar el célebre estudio efectuado por el gran jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, en el festejo del «Cincuentenario de la DUDH», de la Organización de las Naciones Unidas, PDF que es consultable en: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/90-99/91/hectorgrospiellunamiradaactualala.pdf>

⁹ Véase el ensayo de Ángel Guillermo Ruiz Moreno y Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro, intitulado: “La impugnación internacional de resoluciones jurisdiccionales en materia del derecho humano a la seguridad social”, publicado en la *Revista Derecho Global, estudios sobre Derecho y justicia*. Año 2, Número 5, marzo-junio 2017, ISSN 2448-5128, Universidad de Guadalajara (México), pp. 105-137.

de satanizar el tema —como con tanta frecuencia suele ocurrir ahora—, frente a la enorme confusión reinante y la evidencia contundente de que el *derecho a migrar para fines laborales* suele ser reiteradamente negado.

Porque a este legítimo derecho universal, se oponen gobiernos y poderes públicos; la opinión pública y la opinión del público, e incluso es negado por tribunales nacionales e internacionales cortos de miras que no terminen de comprender que están para impartir justicia, y a veces se niega este derecho hasta por la doctrina jurídica universal, como si este antiquísimo problema fuese nuevo y no tuviera miles de años de existir, o como si fuese posible acabar con el fenómeno migratorio de un día para otro a golpe de decretos legislativos, o cerrando los ojos a la dura realidad creando muros o barreras que para colmo nunca han impedido la migración laboral.

En este punto, a la luz de los derechos humanos, las negativas explícitas del *derecho humano a migrar para fines laborales* —ya sea en el mercado formal del trabajo e incluso en el sector informal, pues con mucha frecuencia por desgracia *coincide la migración con la informalidad laboral* por obvias razones—, que aún se observan y gestadas durante las últimas décadas sobre todo en países desarrollados, son una constante que implícitamente y sin razonamiento jurídico válido, ignoran de plano el derecho a migrar para trabajar entendido como lo que es en esencia: *derechos humanos*.

Que quede entonces perfectamente claro desde ahora: la decisión de desconocer el derecho humano a la migración para fines laborales—y en especial simplemente para migrar— es más bien un tema de índole político, mas no jurídico, con todo lo que ello significa e implica, pues para intentar justificarle no basta esgrimir ni soberanías ni temores de ataques terroristas, ni invasiones, máxime cuando el trabajo duro —como el agrícola, el de la construcción, o el de cuidado de niños, ancianos y enfermos, a manera de grandes ejemplos—, esas ocupaciones no quieren ni pueden hacerlo los propios nacionales.

En tal contexto, la migración ha existido y por simple lógica seguirá existiendo como fenómeno humano inherente a nuestra propia condición humana, como seres gregarios que somos por naturaleza, de tal suerte que mejor sería cobrar plena conciencia acerca de ello a fin de poder afrontar con inteligencia el colosal desafío que nos presenta este imparable fenómeno económico, social y cultural, siempre más allá de

lo que cada cual piense o crea al respecto, pues sus características y sus modalidades cambian de manera constante al evolucionar la migración al mismo ritmo en que lo hacen nuestras actuales sociedades contemporáneas.

Al punto no sobra añadir que, así lo parezcan a simple vista, resulta no son ni implican lo mismo por ejemplo las *migraciones forzadas* de esclavos, que la de *refugiados* por razones políticas o de guerra¹⁰. Y no es igual que un individuo emigre de su país en búsqueda de mejores oportunidades de vida, empleo e ingreso —muchas veces con la idea en mente de regresar por o con los suyos—, a que migre por gusto hacia un país que sencillamente le es más atractivo para vivir. Ni tampoco es igual emigrar legalmente con todos los papeles en regla y permisos para laborar en tierra extranjera, que irse de forma irregular sin papeles ni autorizaciones a buscar trabajo a otro país. Siendo también muy diferente la migración externa o internacional, con respecto de la migración interna o nacional —por ejemplo, cuando se trasladan individuos del área rural a la ciudad o de ésta al campo, o de ciudad a ciudad—. La migración es pues un fenómeno global de muchos tipos y cada una de ellas requiere de un tratamiento jurídicamente diferenciado.

En consecuencia, sus múltiples variantes representan, ya en la práctica, retos y desafíos enormes que atender y problemáticas que resolver de manera diferenciada —o mejor aún: *jurídicamente diferenciada*—, pues en el fondo se trata de un asunto prioritariamente humano y social¹¹. No obstante, lo que sí nos queda muy claro es que *cada caso es distinto entre sí y por tanto todas ellas requieren de soluciones diferentes e innovadoras*,

¹⁰ Véase las labores que desarrolla la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), creada en 1950 para la atención específica de estos migrantes forzados, en la liga web: <http://www.acnur.org/que-hace/>

¹¹ El insigne iuslaboralista y profesor mexicano Mario de la Cueva, afirmaba con sobrada razón que: “*El trato igual entre desiguales sólo produce injusticia, porque la libertad entre el fuerte y le débil es la que mata.*” Frase tomada de la introducción del libro de Ángel Guillermo Ruiz Moreno: *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Porrúa, 14ª edición, 6ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2017, p. XIII.

Por ello soy de la opinión, razonada en mi obra escrita, que el Derecho Social surgió precisamente para intentar equilibrar desigualdades naturales y para alcanzar una genuina justicia social, bajo la siguiente fórmula: «darle más al que más necesita, menos al que necesite menos y nada al que por fortuna nada necesita, porque no todos somos iguales, ni ante la vida, ni ante la ley». Y claro está que dicha fórmula que busca justicia social, no inobserva lo establecido el artículo 7 de la DUDH, sino por el contrario, lo refuerza, pues deja al prejuicio y el discrimen de lado.

pues no hay una “receta” única para atender estos enormes desafíos planteados, la mayor de las veces, intempestivamente por la dura realidad cotidiana.

Así las cosas, hagámonos a la idea, nos guste o no, que es una costumbre connatural a los seres humanos trasladarse de un lugar a otro, lo que data desde los más remotos orígenes del ser humano; especialmente cuando éste se dio cuenta que era mejor vivir en una sociedad organizada y buscó cómo hacerlo, tomando entonces la libre determinación de optar por el que más le convenía a él y/o a su núcleo familiar directo, buscando la anhelada meta de realización propia de todo ser humano y su derecho inalienable al libre desarrollo de su personalidad.

No obstante, llama mucho la atención que ya por costumbre, idiosincrasia, cultura o necesidad, ignorando las migraciones milenarias de las que da cuenta la Historia, es que en pleno siglo XXI el fenómeno pueda parecerle a alguien nuevo, o que se sorprenda de su expansión exponencial incontenible, o que le extrañe que el fenómeno sea considerado como un enorme problema contemporáneo; si esto último sucede, es en buena medida porque hay Estados que carecen de eficientes controles migratorios, al adolecer de políticas nacionales efectivas capaces de afrontar el fenómeno de los grandes flujos migratorios hacia países con mejor posicionamiento económico global por parte de quienes buscan una sola cosa: *empleo*.

Un empleo que —suponen prejuiciosamente los filtros migratorios—, le “robará” (sic) un espacio a los connacionales, a pesar de que éstos se nieguen a laborar en las tareas que otros harán a cambio de un menor salario, sin ignorar que el extranjero además pagará impuestos al país receptor al desempeñar el trabajo. Ciertamente, la migración está llena de mitos y de verdades a medias que termina por ser mentiras completas. Fingen ignorar que nadie puede ser obligado a permanecer atado a su país de origen, si en pleno ejercicio de su libre decisión decide emigrar, solo o acompañado, a algún otro lado, más allá de si cumple o no con las normativas vigentes en el país elegido para ello.

Obviamente que nosotros sí distinguimos entre lo que es la migración legal de la irregular —que se suele tildar a veces injustamente de “ilegal”—, y no perdemos de vista también que en ciertos casos nuestro derecho personal no puede estar jamás por encima del derecho soberano de los distintos países del orbe para fijar condiciones de internamiento a

su territorio —y menos todavía si de trabajar en el país se trata, cuando para ello se requiera permiso—. Está claro: *ningún derecho es absoluto*, incluidos en esto los derechos fundamentales y humanos de los individuos, pues deben tener límites racionales.

Además, también nos hacemos cargo de que a cada derecho le corresponde una obligación, más allá de que incluso en materia de los derechos humanos, en la realidad surgen a veces inevitables colisiones de derechos; empero, existen también fórmulas racionales de solucionar dichas colisiones para resolverlas con justicia. Surge aquí un conflicto jurídico complicado de resolver, pues no es sólo el derecho nacional el que debiera operar y servir de regulación jurídica en casos migratorios, ya que también aplican normativas internacionales vigentes que integran la estructura jurídico-normativa de cada país, ello de conformidad a su propia constitución política.

El punto medular de este asunto, cuando se estudia a fondo y de manera objetiva el problema migratorio laboral —visto y entendido también a la luz del tema político, económico y social—, es que el problema de fondo surge cuando ocurre la migración laboral sin sujetarse a las normativas existentes en el país que recibe a un individuo y a su familia, lo cual se traduce en una *migración ilegal* que provoca múltiples problemas de diversa índole, incluso hasta de seguridad nacional.

Y que conste aquí: es obvio que el hecho de trabajar no es la actividad ilegal, sino que lo es el tema de la residencia o estadía en territorio extranjero sin contar con el permiso correspondiente de las autoridades del país receptor, máxime en tiempos de terribles actos de terrorismo que infunden temores en la población de los países receptores de migrantes. Eso explicaría, además, porqué algunos abusan a los migrantes para lucrar, para la trata de personas, conseguir una especie de “esclavismo” contemporáneo, y hasta los porqués suele esconderse detrás de ellos el crimen organizado y la trata de personas, por lo que se corren riesgos tanto en aspectos de la seguridad pública, como de la seguridad nacional.

Empero, más allá de la eventual legalidad o ilegalidad de la estadía en una país extranjero, antes de emitir juicios, habrá que recordar primero que *estamos frente a derechos humanos y fundamentales, como lo son los derechos a trabajar y a migrar*, y que los Estados nacionales son

sus garantes y responsables ante su eventual inobservancia o vulneración, quedando incluso obligados a repararlos; derechos ambos que, en todos los casos, deben ser respetados y considerados por los países receptores o los países de paso, haciéndolo sin ningún prejuicio acerca de la nacionalidad del migrante, pues ambos derechos *son portables* al ser connaturales a nuestra condición de personas humanas.

Es muy posible que la falta de controles fronterizos internacionales adecuados, en buena medida se deba a la existencia de las *fronteras virtuales* y porosas que hoy existen, resultado lógico de los múltiples Tratados Internacionales de Libre Comercio en un mundo de globalización no sólo económica, sino en todos los órdenes. Porque los sistemas de monitoreo, censo y control, que llevan los países hoy día, no parecen suficientes ante la fuerte corriente migratoria laboral, un fenómeno mundial éste que cada quién interpreta a su manera y que no pocas veces se manipula a conveniencia por factores políticos. Por ello es que —como suele suceder en los asuntos sociales de gran calado—, el tópico migratorio, laboral o no, está siempre rodeado de mitos que tergiversan los hechos y pueden, en algún momento, afectar nuestra percepción de la realidad migratoria.

Conviene por eso analizar académicamente tales hechos de la manera más objetiva posible, utilizando siempre fuentes confiables que impidan el manipuleo de cifras o datos duros, evitándose así la proliferación de versiones populares propaladas sin fundamento alguno.

Lo que ahora más interesa es abordar aquí *la temática específica de quienes migran para fines estrictamente laborales* y quienes consecuentemente también *deben recibir en su labor productiva una Protección Social adecuada* —lo que incluye a la Asistencia Social, la Previsión Social de índole laboral, la Seguridad Social, así como a los sistemas protectores complementarios existentes en el lugar donde se presten los servicios—, dependiendo en cada caso en particular, que el trabajador sea un empleado subordinado o bien que labore en el sector informal de la economía, pues a fin de cuentas, como ambos trabajan, ambos deben recibir cuidados, asistencia y protección.

Al punto, considérese al punto que la Protección Social, tiene cuatro componentes, a saber: 1) la Asistencia Social, 2) la Previsión Social laboral, 3) la Seguridad Social y, 4) los sistemas complementarios de aquélla; ello conforme lo interpreta la propia OIT en el libro de Alejandro Bonilla

García y Alfredo H. Comte Grand, intitulado: *Las reformas de los Regímenes de Pensiones en América Latina. Dos décadas reforma*¹².

Subyace en este espinoso tema, desde hace décadas, casi siempre una gran confusión conceptual al respecto, aunque siempre es posible distinguir cada sistema protector para acotarle debidamente —una labor que, por cierto, nos compete a nosotros los iuslaboralistas—. Para muestra basta un botón. El último párrafo del Resumen Ejecutivo del «Informe Mundial sobre la Protección Social, 2014/2015», de la OIT, establece textualmente lo siguiente:

En nuestro tiempo, el argumento en favor de la protección social es contundente. La protección social hace realidad el derecho humano a la seguridad social y es un elemento clave de una política económica coherente. La protección social contribuye notablemente a reducir la pobreza, la exclusión y la desigualdad, al tiempo que mejora la estabilidad política y la cohesión social¹³.

Pero la migración laboral no es igual al caso de, por ejemplo, quienes dejan su patria por razones de estudio, intereses económicos, refugiados o quienes migran por cuestiones políticas. Cada tema —ya se dijo antes—, es diferente al otro, y todos ellos son motivo de polémica, aunque, a la par, todos ellos deberían tener ya una política pública de solución.

Como no podemos abarcar todas esas hipótesis, por ello hemos acotado nuestra investigación a aquellos seres humanos, cuya idea de progresar, de superarse, de sobrevivir y de buscar un mejor destino —que por diversas causas no encuentran en su propia patria o región nacional—, se focaliza esencialmente en el empleo, sea éste decente o no, pues en un gran porcentaje se junta ambos temas: *migración e informalidad laboral*¹⁴.

¹² Bonilla García, Alejandro y Comte Grand, Alfredo H. *Las reformas de los Regímenes de Pensiones en América Latina. Dos décadas reforma*. Oficina Internacional del Trabajo de la OIT. Lima, Perú, 1998, pp. 69-72.

¹³ «Informe Mundial sobre la Protección Social. Hacia la recuperación económica, el desarrollo inclusivo y la justicia social, 2014/2015». Puede ser consultada la cita en la página XXV, del PDF localizable en la liga web: <https://www.google.com.mx/search?q=informe+mundial+sobre+la+protecci%C3%B3n+social+2014%2F15&oq=Informe+mundial+sobre+la+protecci%C3%B3n+social+2014%2F15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

¹⁴ Al Lector interesado le sugerimos la lectura del libro de nuestra autoría intitulado: *Seguridad Social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*. Editorial Porrúa, México, 2011.

Así las cosas, a fin de estar en posibilidad de formular luego propuestas viables y factibles frente a la necesidad de dotar de mecanismos efectivos de protección social a los trabajadores migrantes —que insistimos, es la variante de migración que más preocupa ahora—, habrá que revisar las estadísticas para medir las dimensiones del asunto, a fin de determinar luego su entorno y las circunstancias particulares de mejor manera. De lo contrario, erraremos en el diagnóstico situacional del problema y será imposible adoptar soluciones viables y factibles... adelantando la opinión de que no será el uso de la fuerza y la criminalización de la migración lo que nos haga cambiar las tendencias actuales.

Desde luego que también los Estados llamados “expulsores” de emigrantes tienen desafíos enormes y tareas pendientes por acometer; a manera de simple ilustración mencionamos las siguientes:

- Énfasis en la educación, sobre todo la previsional;
- Promoción del empleo digno y en su caso programas públicos de control de la auto ocupación y trabajo autónomo;
- La instrumentación de programas de créditos blandos con bajos intereses, para establecer micro empresas (micro empresarios a quien se les trate como trabajadores, que no como empresarios), aunado a facilidades administrativas y tributarias para que los emprendedores abran sus propios negocios;
- Financiamiento estatal permanente para las labores del campo y la agroindustria que las impulse y les vuelva redituables;
- La celebración de Convenios migratorios binacionales o regionales, logrando así una efectiva ayuda internacional entre países vecinos (el caso específico México-Estados Unidos es muy paradigmático, aunque en sentido negativo), estableciendo en ellos reglas claras en cuanto a trato y protección de los trabajadores migrantes por parte de los países receptores y “expulsores”.

Esas son pues algunas de las opciones que sugerimos de cara al inquietante asunto migratorio para fines estrictamente laborales.

Estamos pues frente ante un grave problema en donde lo humano y lo social convergen, asunto que será irresoluble en tanto no se busquen adecuadas e inteligentes alternativas de solución que, para decirlo

metafóricamente, focalicen la raíz del problema y no sólo se queden en las ramas o en el follaje del árbol.

Hablamos también de instrumentalizar programas y políticas públicas nacionales de índole migratorio y de largo alcance, que permitan detectar con objetividad *las causas* de la migración internacional y dejen de mirar el tema tan solo de sus perniciosos *efectos* que, en base a mi experiencia académica, opino suelen ser prejuiciosos y exagerados, exacerbando así a la población nacional.

3. El derecho humano al trabajo de los migrantes.

Todo inmigrante, tenga o no papeles que acrediten su legal estancia en el país al que migra en búsqueda de empleo, cuente o no con el permiso expreso del Gobierno receptor que le autorice a laborar en su territorio, e incluso por ilegal que sea su internamiento en cualquier país, al tratarse de una persona humana que tiene derechos irrenunciables e inalienables que le siguen a donde quiera que vaya (portabilidad de derechos), merece ser tratado con humanidad y respeto a su dignidad como persona humana.

Después de todo, advertimos ya que la enorme mayoría de ellos se ven orillados a migrar de su patria por hambre, por necesidad económica y porque no tienen ninguna otra alternativa u opción de salir adelante. A fin de cuentas, ¿qué sabe el hambre de leyes?

No es nada fácil tomar la decisión de aventurarse, de dejar todo y arriesgarse por el sueño de una vida mejor para el individuo y sus dependientes económicos, máxime cuando se migra a un país de costumbres e idiosincrasia distinta, con plena conciencia de que podrá el individuo ser discriminado no sólo por su aspecto físico e indumentaria, sino por no hablar el idioma ni las mismas costumbres. ¿Cuántos de ellos no saben leer, ni escribir? Por esa causa, los migrantes mexicanos, centroamericanos y caribeños en América, o bien los africanos en Europa, terminan laborando la mayor de las veces en el sector informal de la economía, y por ende no pueden disfrutar de la seguridad social obligatoria que se vincula siempre —acaso por simples razones históricas o prejuiciosas— con el empleo decente o regulado. A la seguridad social tenemos derechos todos, formales e informales,

Sin embargo, sucede que ya en los hechos —y también en el Derecho—, estas personas no están solas ni desprotegidas, así las autoridades

de su país de origen no les atiendan; si no hay regulación nacional que lo permita, sí existen normativas internacionales que les protegen más allá de la DUDH.

Descolla por su actualidad, la «Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990, el que invoca los principios y normas establecidos en los instrumentos elaborados en la Organización Internacional del Trabajo, en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29), y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105)¹⁵.

Porque se su simple lectura, cobraremos todos plena conciencia de la enorme importancia y trascendencia que la ONU da a los seres humanos migrantes y sus familiares, en especial porque da por descontado que a donde quiera que ellos vayan, necesitarán trabajar. Por razones metodológicas de espacio, solo nos referimos enseguida a dos Convenios Internacionales y una Recomendación de la OIT¹⁶:

- El Convenio 97, “Sobre los Trabajadores Migrantes” (1949); y,
- El Convenio 143, “Sobre los Trabajadores Migrantes. Disposiciones complementarias” (1975).

El Convenio 143, abre precisamente con la siguiente afirmación: *“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”*.

¹⁵ Consultar el texto íntegro de la aludida «Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», de la Organización de las Naciones Unidas, en la liga web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

¹⁶ Consultables en el sitio web: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12000:0::NO::>

Luego, tras reiterar que los trabajadores migrantes deben ingresar en el territorio nacional y ser admitidos al empleo, siempre de conformidad con la legislación pertinente del país que les recibe, el Convenio 143 precisa, en su artículo 9, una serie de medidas que protegen de todas formas al migrante, señalando textual que: *En los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, el trabajador migrante y su familia deberán disfrutar:* a) *De igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios.* b) *De la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, en caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo anterior.* c) *De garantías para no correr con los costos de la expulsión, en el caso de que ésta se produzca*¹⁷.

Por su parte, la Recomendación 151 de la OIT, del 24 de junio de 1975, que parte del principio de que debe asegurarse: *“que los trabajadores migrantes y sus familias entren en el territorio nacional y sean admitidos al empleo con arreglo a la legislación pertinente”*, puntualmente advierte que, en el caso de que dicha legislación no haya sido respetada, debería tomarse una decisión lo más pronto posible: *“para que el trabajador migrante sepa si su situación puede ser regularizada”*¹⁸.

Además, dicha Recomendación 151 insiste en los derechos que hemos recogido, reproduciendo en lo conducente el Convenio 143, añadiendo sobre la igualdad de trato: *“...en lo que se refiere a su sindicalización y al ejercicio de los derechos sindicales”* (Punto 8), y en lo que ahora más nos interesa destacar, la aludida Recomendación 151 (Punto 34), textualmente señala lo siguiente:

Todo trabajador migrante que se marche del país de empleo debería tener derecho, independientemente de que su estancia en el país haya sido legal o no: a) a toda remuneración pendiente por trabajos

¹⁷ Por cierto, el Convenio 143 puntualiza también que: *“Nada impedirá a los Miembros la concesión a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas”* (artículo 9.4). Ver texto íntegro del Convenio N° 143, adoptado por la OIT el 24 de junio de 1975, en la página web de la OIT: www.ilo.org

¹⁸ Véase al efecto el texto íntegro de la Recomendación 151 de la OIT, del 24 de junio de 1975, en la liga web: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R151

realizados, incluidas las indemnizaciones por terminación de contrato normalmente pagaderas; *b*) a las prestaciones que se le debieren por concepto de accidente del trabajo o enfermedad profesional; *c*) según la práctica nacional: i) a una indemnización en concepto de vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas; ii) al reembolso de las cotizaciones de seguridad social que, de acuerdo con la legislación nacional o los acuerdos internacionales, no den ni hayan dado lugar a derechos en su favor, en la inteligencia de que cuando las cotizaciones a la seguridad social no confieran derechos a prestaciones se debería hacer todo lo posible por concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes.

En caso de desacuerdo sobre los derechos adquiridos por alguno de los conceptos previstos en el subpárrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de hacer valer sus derechos ante el organismo competente y disfrutar de igualdad de trato en materia de asistencia judicial.

Hasta aquí el texto de dicha Recomendación 151 de la OIT.

Por último, en cuanto a los *migrantes ilegales en clandestinidad*, en los debates del año 2004, la OIT ha llegado a considerar que: “...*debe tenerse en cuenta la situación de los trabajadores migrantes irregulares y garantizarse que se protejan efectivamente sus derechos humanos y laborales fundamentales y que no sean objeto de explotación y trato arbitrario*”¹⁹.

Interesa señalar como colofón de todo lo dicho, que lo único cierto es que la OIT no se ha decidido a incluir todavía en ningún Convenio o Recomendación la imposible equiparación de los emigrantes legales y de los emigrantes ilegales. Por ello la conclusión jurídica final no puede ser otra que, *el derecho humano a emigrar* —mismo que está internacionalmente reconocido—, *no está acompañado del derecho a inmigrar en ningún país sin el permiso expreso y soberano de éste*.

De manera entonces que, guste o no, se mantiene en ejercicio de la soberanía de cada país receptor de migrantes, su pleno derecho a admitir o no a extranjeros, sea o no para fines laborales. Porque ya una vez *admitidos legalmente* los inmigrantes, éstos gozarán inequívocamente de los mismos derechos que los nacionales; en tanto que los *inmigrantes irregulares o clandestinos* tienen, como todo ser humano, un elemental

¹⁹ Conclusión N° 28 del documento denominado: «Trabajadores migrantes. Discusión general en un enfoque integrado». 92ª Reunión de la OIT, 16 junio 2004. Ver documento en la liga web de la OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/meetingdocument/wcms_221810.pdf

derecho a la vida y a la asistencia sanitaria, a no ser torturado o sometido a castigos degradantes, a no prestar trabajo forzoso, a no ser detenido arbitrariamente, a que sea un juez quien le imponga cualquier sanción y a un juicio justo si se inicia un procedimiento penal anterior a su expulsión del país²⁰.

Pero ya se sabe: las regulaciones legales no modifican los hechos ni alteran las estadísticas, porque se insiste en que la realidad suele ser más sabia, esquiva y veloz que la ciencia del Derecho.

4. Breves conclusiones

PRIMERA. Siendo la migración humana un asunto milenario, para regularlo de mejor manera debería materializarse a la mayor brevedad, un Acuerdo internacional al seno de la propia OIT, como organismo mundial rector del empleo decente, en dos sentidos:

En el primer sentido, para fomentar al través de Tratados Internacionales *la protección integral de los migrantes*, mediante la regularización de su permanencia en el país de llegada. Ello le permitiría al migrante ser aportante a la seguridad social, disfrutando de la debida protección laboral que atañe al trabajo decente, al igual que impedirá discriminación para que el operario perciba un salario justo y prestaciones laborales, con pleno respeto a sus derechos fundamentales, en condiciones de trabajo similares a la que disfrutaban los propios nacionales del país receptor; y,

En el segundo sentido, gestionando ante el propio Consejo de Administración de la OIT que, en futuras Conferencias Internacionales del organismo mundial rector del trabajo, se retomem con determinación los temas relacionados con los migrantes y se le dé puntual seguimiento al eventual cumplimiento de Tratados y/o Recomendaciones vertidas

²⁰ A este respecto, el jurista Fernando Suárez González, ex Ministro de Trabajo de España, señala punzante: *“No se ignora que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende extender a los emigrantes indocumentados que entablan relaciones laborales los derechos que derivan de su condición de trabajador; pero hasta la fecha se trata de una opinión consultiva solicitada por México y emitida el 17 de septiembre de 2003.”* Este dato es citado por Gil y Gil en: *Los trabajadores migrantes y la OIT* —especial monográfico dedicado a inmigración y movilidad de los trabajadores—, en el N° 15-16 de *Relaciones Laborales*, Madrid, agosto de 2009, p. 130.

ya sobre esta delicada materia, sin que ello implique en modo alguno invasión a la soberanía nacional de los países Miembros.

SEGUNDA. Siendo que los derechos humanos a migrar y al trabajo, están contemplados en los artículos 13 y 23 la DUDH de Naciones Unidas, y considerando que ésta es un documento de ineludible fuerza jurídica vinculatoria para todos los países —sean o no miembros de la ONU—, y que además son múltiples los Tratados Internacionales y Convenios de la OIT signados y ratificados por los países, los que se fundan primordialmente en dicho elenco de derechos humanos e integran el sistema jurídico nacional en materia laboral, sin dificultad alguna llegaremos a la conclusión lógica que *el derecho humano al trabajo migratorio debiera estar* —y de suyo ya está— *debidamente protegido*, amparando a todos los migrantes sin excepción, siempre más allá de su condición migratoria.

Más todavía porque en el siglo XXI son ahora en su mayoría los jóvenes quienes migran en la afanosa búsqueda de trabajo decente, de mejores oportunidades y condiciones de vida, y quienes migran también por una educación de mejor calidad o para fines de reunificación familiar; ello sin dejar de lado ni minimizar los grandes temas no abordados de las loables razones humanitarias que cotidianamente se efectúan en este mundo tan deshumanizado en que ahora habitamos todos.

Y los jóvenes son, recordémoslo siempre, el futuro de nuestras civilizaciones, por lo que deberíamos de protegerlos a toda costa pues, a fin de cuentas, se trata nada menos que *reinterpretar* humanamente el fenómeno de la globalización en todos sus órdenes.

Bibliografía

BONILLA GARCÍA, Alejandro, y Comte Grand, Alfredo H. *Las reformas de los Regímenes de Pensiones en América Latina. Dos décadas reforma*. Oficina Internacional del Trabajo de la OIT. Lima, Perú, 1998.

«Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», de la Organización de las Naciones Unidas, en la liga web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

- Convenio 97 de la OIT (Revisado), del 1 de julio de 1949, en vigor el 22 de enero de 1952. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NO_RMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242
- Convenio N° 143, adoptado por la OIT el 24 de junio de 1975, en la página web de la OIT <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::>
- «Declaración Universal de los Derechos Humanos», de la Organización de Naciones Unidas. Texto íntegro consultable en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- GROS ESPIELL, Héctor. *Una mirada actual a la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Estudios 91, volumen VII, invierno 2009. Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, Texto íntegro consultable en: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/90-99/91/hectorgrospiellunamiradaactualala.pdf>
- Opinión Consultiva OC-18/03, emanada de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, solicitada por México y dictada por unanimidad el 17 de septiembre de 2003, PDF en la liga: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. 14 edición, 6ª reimpresión. Editorial Porrúa, México, 2017 — *Seguridad Social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*. Editorial Porrúa, México, 2011.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, y RUIZ BUENROSTRO, Ángel Edoardo. Ensayo “La impugnación internacional de resoluciones jurisdiccionales en materia del derecho humano a la seguridad social”, publicado en la *Revista Derecho Global, estudios sobre Derecho y justicia*. Año 2, Número 5, marzo-junio 2017, ISSN 2448-5128, Universidad de Guadalajara (México).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando. “*Los trabajadores migrantes y la OIT*”. Publicado por Jose Luis Gil y Gil, en el N° 15-16 de *Relaciones Laborales*, Madrid, agosto de 2009.
- Trabajadores migrantes. Discusión general en un enfoque integrado*. 92ª Reunión de la OIT, 16 junio 2004. Texto íntegro consultable en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---pro-trav/---migrant/documents/genericdocument/wcms_232814.pdf

LUCES Y SOBRAS DE LA POLÍTICA DE RETORNO DE EMIGRANTES ESPAÑOLES¹

DRA. MANUELA DURÁN BERNARDINO

Profesora ayudante

Doctora del departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Contextualización

La emigración española ha constituido un fenómeno político, social y económico que ha caracterizado nuestra historia, acentuándose desde la segunda mitad del siglo XIX hasta más allá de mediados del siglo XX, lo que se ha venido traduciendo, sin duda alguna, en una pérdida para el desarrollo económico, cultural y social de España, del cual, en sentido inverso, los países de acogida se han venido beneficiando con la formación académica, científica y profesional de los emigrantes españoles.

A partir de finales de la década de los setenta -con la llegada de la democracia-, comienza a producirse un fenómeno de signo contrario al de la emigración: el regreso o retorno de los españoles emigrantes y sus familias a nuestro país, debido, en gran medida, a la recesión económica que sufre Europa en los años setenta, así como a la crisis económica que

¹ Este trabajo se incluye en las actividades que se vienen desarrollando en el marco del Proyecto I+D Nuevas Políticas Jurídicas para el cambio Migratorio: Tutela Jurídico-Social de los Trabajadores Emigrantes, Dirigido por el Profesor Dr. José Antonio Fernández Avilés.

atraviesan determinados países de Iberoamérica. Sin embargo, a pesar de que este proceso tiene lugar en un contexto económico favorable para España, no se adoptaron las medidas necesarias para atender integralmente dicho retorno².

En los últimos años los españoles han vuelto a ser emigrantes. La crisis económica ha tenido especial incidencia en el mercado de trabajo provocado la destrucción masiva de empleo, la caída de la población activa y la escalada del paro, cebándose especialmente con los jóvenes³, que constituyen actualmente el 47,5% de parados⁴, cifra que sería más elevada si no fuera por la fuerte emigración juvenil, a consecuencia de la ausencia de un proyecto de futuro prometedor en el país de origen, que se constituye como el principal factor expulsivo.

Y es que actualmente, la emigración de los jóvenes españoles ya no obedece sólo a motivaciones como la de ampliar las expectativas personales y profesionales o mejorar la calidad de vida, sino que se trata de una emigración «forzada» en la búsqueda de una oportunidad laboral. Además, los recortes que se han hecho en educación e investigación han convertido lo que antes era una oportunidad para formarse en el extranjero en una obligación, por lo que España se enfrenta a una auténtica *fuga de cerebros* al convertirse en un país *exportador de talento*, lo que sin duda, supondrá consecuencias negativas tanto en el ámbito social como en el económico en un futuro no muy lejano⁵.

Así lo demuestran los datos estadísticos más recientes⁶. El número de personas con nacionalidad española que residen en el extranjero

² Carmen Egea, José Antonio Nieto y Francisco Jiménez, “El estudio del retorno”, *Migraciones y exilios*, N.º 3, (2002): 141-168.

³ VV.AA. Lorenzo Navarrete Moreno, Coord., *La emigración de los jóvenes españoles en el contexto de la crisis. Análisis y datos de un fenómeno difícil de cuantificar*. (Observatorio de la juventud de España). Disponible online en <http://www.injuve.es/observatorio/economia-consumo-y-estilos-de-vida/emigracion-de-jovenes-en-la-crisis>

⁴ Datos estadísticos de la Encuesta de Población Activa en España (EPA) <http://www.datosmacro.com/paro-epa/espana>

⁵ Véase el estudio introductorio realizado por José Antonio Fernández Avilés, “¿Qué tutela jurídico-social para los trabajadores emigrantes?”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 37.

⁶ Téngase en cuenta que los datos oficiales sobre emigración española no son un indicador preciso ni de cuántos españoles se marchan ni de en qué momento lo hicieron. Son sólo una muestra pequeña y sesgada de la gente que se ha ido en los últimos años ya que

alcanzó los 2.406.611 a 1 de enero de 2017. Por continente, el 62,5% de las personas inscritas tenía fijada su residencia en América, el 34,2% en Europa y el 3,4% en el resto del mundo. En el último año se ha producido un incremento del 4,4% (101.581 personas), concentrándose en América (48.612 inscritos más) y Europa (46.479 más).

Lo peor de esta situación es la incertidumbre, al no saber cuánto tiempo se va a prolongar esta situación y la constatación, según datos estadísticos, de que la cifra de españoles residentes en el extranjero disminuyó durante el periodo comprendido entre 2011 y 2013 un 19%, al pasar de 33.767 a 26.991 españoles retornados⁸. No obstante, en los últimos años se viene apreciando un ligero repunte, que sitúa la cifra de españoles residentes en el extranjero retornados en 56.114 en 2016.

Ante esta realidad, convendría valorar si las políticas de retorno juegan un papel importante en esta decisión migratoria de los trabajadores españoles en el exterior, favoreciendo y promoviendo su retorno, o si, por el contrario, les resulta más ventajoso continuar en el país de acogida.

Aquellos que desean regresar a su tierra natal experimentan en su retorno una nueva emigración, con dificultades aún mayores de las que tuvieron en su día para salir al extranjero. Estas dificultades están motivadas, en parte, por los trámites administrativos que necesitan realizar, por el desconocimiento de sus derechos socio-laborales, por su desconexión con el mercado de trabajo y por la ausencia de recursos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, de ahí la importancia de diseñar una política coherente y coordinada de retorno lo suficiente atractiva para los flujos de emigración y el capital humano perdido, al mismo tiempo que se articulan mecanismos para retener el talento y se dotan de garantías jurídico-sociales los procesos emigratorios⁹.

están basados exclusivamente en las bajas padronales, que se producen solo si los emigrados se dan de alta en los consulados de España en el exterior. Véase el análisis realizado en Amparo González-Ferrer, “La nueva emigración española. Lo que sabemos y lo que no”, *Zoom Político*, n. 18, (2013).

⁷ Instituto Nacional de Estadísticas. Estadística del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE) a 1 de enero de 2017 <http://www.ine.es/>

⁸ Anuario 2015. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Bajas consulares de Españoles Residentes en el Extranjero (Españoles residentes en el extranjero retornados) <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2016/RER/RER.pdf>

⁹ José Antonio Fernández Avilés, “¿Qué tutela jurídico-social para los trabajadores emigrantes?”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 41.

Por todos es sabido que desde la teoría del *capitalismo humano*, la salida de trabajadores cualificados constituye en sí misma una pérdida de capital humano necesario para el desarrollo de la economía. Sin embargo, los beneficios solo se producirán si concurren las condiciones necesarias para que retornen, ya que regresarían con más habilidades y competencias para aportar a los mercados laborales del país originario.

Teniendo en cuenta los datos que preceden, el objetivo de este trabajo es profundizar en las principales políticas públicas de retorno dirigidas a emigrantes españoles que en su momento decidieron emigran con el objeto de encontrar la oportunidad laboral que no tuvieron dentro de nuestras fronteras.

A tal fin, se realizará, en primer lugar, el estudio de la normativa marco existente a nivel nacional, sobre la previsión de actuaciones dirigidas a facilitar la integración social y laboral de los retornados. En segundo lugar, el análisis –desde la perspectiva de su eficacia– de las medidas de carácter estatal y autonómicas adoptadas en materia de empleo a tal fin, destacando aquellas que se podrían implantar a nivel estatal –diferentes de las adoptadas para el retorno de las personas inmigrantes– al ser ejemplos de buenas prácticas. En tercer lugar, el examen de las medidas adoptadas en el ámbito universitario dirigidas a la recuperación del talento y la reintegración de investigadores. Por último se valorarán, a modo de conclusión, las propuestas de mejora dirigidas a promover la aprobación de medidas concretas orientadas al fin anunciado, atenuar la vulnerabilidad del emigrante retornado y promover el retorno de los españoles.

2. Antecedentes y marco legislativo actual

A lo largo de la historia, la normativa española en materia de migraciones se ha venido centrando en el fomento de la emigración sin adoptarse políticas específicas de protección al emigrante ni siquiera¹⁰, como se reconoce en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre del Estatuto

¹⁰ Saverio Callea, “Different forms, reasons and motivations for return migration of persons who voluntarily decide to return to their countries of origin”, *International Migration*, 24 (1), (1986): 61-76.

de la ciudadanía española en el exterior¹¹, en periodos de mayor retorno de emigrantes, donde coincidían periodos de crisis económica en los países de destino con un repunte en la economía española (finales de los años 70).

Si atendemos a la última Ley en materia de emigración, Ley 33/1971, de 21 de julio, se comprueba que su orientación continúa centrada en el fomento de la emigración, manteniendo silencio sobre el exilio. No obstante, introduce diferentes ayudas de índole social, educativo y cultural, así como medidas de formación profesional e integración laboral dirigidas tanto a emigrantes como a retornados (arts. 17 y 18).

Todo ello, pese al mandato constitucional recogido en el artículo 42, donde se establece que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno».

No ha sido hasta 2006, con la aprobación de la Ley 40/2006, cuando se ha dado una regulación legal a este derecho a la protección del retorno de nuestros emigrantes. Concretamente, en su artículo 26.1 se insta al Estado a que, de forma coordinada con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones Locales, promueva una política integral para facilitar el retorno de los españoles de origen residentes en el exterior. Esta política incluye la remoción de obstáculos que dificulten a los españoles retornados el acceso a prestaciones o beneficios sociales existentes, en las mismas condiciones que los residentes en España, con la finalidad de facilitar el retorno de los españoles de origen residentes en el exterior (art. 26.2).

Las medidas van dirigidas a facilitar la protección y retorno de las españolas residentes en el exterior, y, en su caso, sus hijos, víctimas de situaciones de violencia de género cuando el país de residencia no ampare de manera suficiente a las víctimas de estos delitos (art. 26.3), y a promover el acceso a la vivienda de los emigrantes retornados, teniendo en cuenta las necesidades específicas de este colectivo, a través de las administraciones competentes y en colaboración con las asociaciones de retornados (art. 26.4).

¹¹ BOE Núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

Para dar aplicación a estas previsiones, la Oficina Española de Retorno¹², en cada Consejería de Empleo y Seguridad Social, se ocupa de las políticas de retorno respecto de los emigrantes españoles en el país de destino, así mismo, el Ministerio de Empleo edita una Guía del Retorno¹³ con la que se pretende cubrir todos los aspectos a tener en cuenta para retornar (trámites civiles, ayudas económicas, asistencia sanitaria, protección social, educación, etc.) y, al mismo tiempo, las consejerías de las embajadas publican en sus webs otro tipo de guías de retorno.

El retorno también se protege con diferentes ayudas, como las que se describen a continuación:

a. Las ayudas extraordinarias para retornados, reguladas en el RD 1493/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados¹⁴, cuyo objeto es la concesión de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados por los gastos extraordinarios derivados del hecho del retorno, cuando se acredite insuficiencia de recursos en el momento de la solicitud de la ayuda, pudiendo ser beneficiarios de las mismas los españoles de origen retornados, dentro de los nueve meses siguientes a su retorno, siempre que se acredite que han residido en el exterior, de forma continuada, un mínimo de cinco años antes del retorno.

Se conceden a los retornados que se encuentren en situación de necesidad económica en relación con los gastos que deben afrontar en el momento del retorno, situación que se acreditará mediante informe de los Servicios Sociales del lugar de residencia del solicitante o, en

¹² El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, Ley 40/2006, de 14 de diciembre, prevé la creación de una Oficina Española del Retorno que, en el ámbito del Ministerio, dé cumplida respuesta a los diversos aspectos relacionados con el hecho de retorno, coordinándose para ello con las otras instancias de ámbito autonómico o local a las que el fenómeno afecta de igual manera, de acuerdo con la actual distribución competencial y administrativa en nuestro país.

¹³ Su amplio texto trata de resolver la mayor parte de las dudas generales que se les pueden plantear a las personas a las que antes nos referíamos al regresar a España, proporcionando asimismo indicaciones sobre las prestaciones económicas o, en su caso, ayudas a las que pudieran tener derecho con ocasión de ese retorno <http://www.ciudadaniaexterior.empleo.gob.es/es/horizontal/oficina-retorno/index.htm>.

¹⁴ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2007.

su caso, mediante informe de las Áreas o Dependencias Provinciales de Empleo y Seguridad Social, de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Para valorar dicha situación de necesidad, se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: la percepción de ingresos mensuales, el número de personas a cargo del solicitante, las dificultades de inserción en el mercado laboral en función de la edad u otras circunstancias del solicitante, y los gastos por vivienda habitual.

Las ayudas serán de cuantía variable en función de las causas que generan la solicitud y de la situación económica y familiar de los interesados, pero en todo caso, se fija la cuantía máxima anual por cada beneficiario en el importe anual del Indicador Público de Rentas Múltiples (IPREM), correspondiente a 12 pagas del año en curso.

b. Programas de subvenciones, reguladas en la Orden ESS/1613/2012, de 19 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior y retornados¹⁵.

Actualmente los programas de actuación regulados en la normativa vigente son seis: programa de Asociaciones, programa de Centros, programa de Proyectos e Investigación, programa de Comunicación, programa de Mayores y Dependientes y programa de Jóvenes, siendo la finalidad de este último la de Subvencionar iniciativas destinadas a favorecer la integración social y laboral de los jóvenes españoles residentes en el exterior mediante actuaciones específicas que les permitan continuar con su formación en el exterior o, en su caso, el aprovechamiento de su experiencia para el retorno a España (desarrollado en una Orden independiente, la 1650/2013, de 12 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca para 2013 la concesión de subvenciones destinadas al programa de Jóvenes de la Dirección General de Migraciones)¹⁶.

Pueden solicitarlas las empresas y entidades sin fin de lucro, radicadas en el exterior y en España, que tengan entre sus fines la realización de las actividades objeto del programa.

¹⁵ BOE núm. 174, de 21 de julio de 2012.

¹⁶ Entre sus objetivos figuran los programas que faciliten el retorno, así como la participación en proyectos emprendedores en España (art. 2.1.d).

Pese a la amplitud de opciones que ofrece el marco pertrechado por la legislación estatal, las políticas y medidas adoptadas en vienen realizando y poniendo en marcha en sede autonómica. Ante la labor secundaria del Estado, que continua centrado en la inmigración, son las CCAA las que se vienen preocupando emigración, ocupándose de la integración, acogida, empleo y retorno de los Españoles¹⁷.

3. Medidas de apoyo a la integración socio-laboral de los españoles retornados

3.1. Medidas de carácter estatal

La Ley 40/2006, dedica su artículo 28 al fomento del empleo, estableciendo que el Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el desarrollo de un servicio específico, que planifique acciones de información, orientación y asesoramiento encaminadas a facilitar la inserción social y laboral de los españoles retornados, a través de los correspondientes programas de ayudas o de convenios con entidades públicas o privadas que tendrá como objetivo su inserción en el mercado de trabajo apoyando muy especialmente las iniciativas de inserción laboral, proyectos de empleo y autoocupación que promoverán las Asociaciones de Emigrantes Retornados.

A tal efecto, en el marco de la política de empleo, el Plan Nacional de Reformas, podrá considerar colectivo prioritario de actuación a los retornados y sus familiares, a fin de potenciar sus posibilidades de encontrar empleo y mejorar su ocupabilidad.

En este sentido, se llevarán a cabo especialmente las reformas necesarias para simplificar los trámites relativos a la homologación de titulaciones académicas y profesionales y de los permisos de conducir, así como el acceso a las ofertas de empleo del Sistema Nacional de Empleo y de los Servicios Europeos de Empleo y la posibilidad de inscribirse como demandante de empleo.

¹⁷ José Antonio Fernández Avilés, “¿Qué tutela jurídico-social para los trabajadores emigrantes?”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 57.

Pese a este mandato, lo cierto es que actualmente no existen medidas concretas dirigidas a cumplir lo encomendado, atenuar la vulnerabilidad del emigrante retornado¹⁸.

No obstante, existen otras ayudas para fomentar el empleo autónomo y la formación de cooperativas y sociedades anónimas laborales que gestionan y conceden tanto la Administración General del Estado como las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Estas ayudas, aunque no son específicas para emigrantes retornados, también pueden solicitarse por éstos. Consisten en una serie de subvenciones en concepto de: rentas de subsistencia, apoyo a la creación de nuevas actividades empresariales, reducción del principal o de los intereses de los créditos otorgados por las entidades de crédito, asistencia técnica y formación profesional o empresarial¹⁹.

La protección social de los emigrantes retornados si ha sido objeto de tratamiento específico, pues el artículo 19 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, donde se regulan las prestaciones por razón de necesidad, ha sido desarrollado en dos ocasiones.

a. Por la Orden TAS/1967/2005, de 24 de junio, por la que se establecen las disposiciones para el desarrollo y aplicación de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica destinada a los ciudadanos de origen español que, durante su minoría de edad, fueron desplazados a otros países como consecuencia de la Guerra Civil²⁰, denominadas prestaciones para Niños de la Guerra.

Para ser beneficiario es preciso ser ciudadano de origen español y haber sido desplazado al extranjero durante su minoría de edad, entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1939, así como haber desarrollado la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional. Además hay que encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: residir en el extranjero y percibir la prestación por razón de necesidad, residir en territorio español y ser perceptor de una pensión de jubilación no

¹⁸ En el mismo sentido, Pilar Rivas, “Migración española del siglo XXI y políticas migratorias públicas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40, (2015): 140.

¹⁹ Así se recoge en la Guía del Retorno (Edición actualizada abril 2014). Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

²⁰ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2005.

contributiva, ser perceptor de pensión del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez o no tener derecho a las pensiones anteriores por disponer de rentas o ingresos superiores al límite establecido para acceder a las mismas pero de cuantía inferior a 7.147,51 euros anuales.

Se establece teniendo en cuenta la pensión y los ingresos del solicitante con un límite máximo que, para 2014, fue fijado en 7.147,51 € anuales.

b. Por el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados²¹, cuya finalidad es la de garantizar un mínimo de subsistencia para los españoles mayores de 65 años o incapacitados, que carezcan de recursos y vivan en países donde los sistemas públicos de protección social no cubran sus necesidades básicas. La prestación por razón de necesidad contemplada comprende la prestación económica por ancianidad, la prestación económica por incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y la asistencia sanitaria.

Podrán ser beneficiarios tanto los españoles de origen nacidos en territorio nacional que, por motivos económicos, laborales o de cualquier otra naturaleza, salieron de España y establecieron su residencia en un país donde el sistema de protección social sea insuficiente y justifique la prestación, como los españoles de origen no nacidos en España que residan en alguno de estos países y acrediten un período de residencia en España de 10 años previo a la presentación de la solicitud de la prestación, siempre que ostentaran durante todo ese periodo la nacionalidad española. La cuantía dependerá de la protección social de cada país y de las rentas o ingresos anuales de los que disponga el beneficiario o la unidad familiar.

También se reconoce una pensión asistencial por ancianidad para españoles de origen retornados cuando hayan residido en países donde la precariedad del sistema de protección social justifique la existencia de la prestación por razón de necesidad cuando retornan a España. Así, serán beneficiarios de esta pensión: los españoles de origen nacidos en territorio nacional que, por motivos económicos, laborales o de cualquier otra naturaleza, salieron del país y establecieron su residencia en el extranjero; y los españoles de origen no nacidos en España que

²¹ BOE núm. 21, de 24 de enero de 2008.

acrediten un período de residencia en nuestro país de 8 años previo a la presentación de la solicitud de la prestación, siempre que ostentaran durante todo ese período la nacionalidad española.

Se reconocerá siempre que acrediten los requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva del sistema español de Seguridad Social, salvo el referido a los períodos de residencia en territorio español.

La cuantía será la misma que para la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva del sistema de Seguridad Social.

3.2. Cuadro de protección del sistema de Seguridad Social

Cabe advertir que la relación de ayudas que a continuación se analizan no son ayudas específicamente dirigidas a emigrantes retornados, sino que tiene como destinatarios a colectivos con especiales necesidades económicas y con gran dificultad para encontrar empleo, entre los que pueden encontrarse los emigrantes retornados, siendo posibles beneficiarios de las mismas.

Para ello, será necesario disponer de certificado de emigrante retornado expedido por las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en el que conste la fecha de retorno y el tiempo trabajado en el país de emigración.

a) Subsidio para emigrantes retornados

Se trata de una prestación asistencial que tiene como objeto complementar la protección por desempleo. Su ámbito protector es muy reducido ya que tan solo podrán solicitarlo los españoles que hayan trabajado en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo (actualmente, los países con los que existe convenio sobre protección por desempleo son Suiza y Australia) y quienes no tengan derecho a la prestación contributiva por haber cotizado por desempleo menos de 360 días en los 6 años anteriores a su salida de España. Además, se han de reunir los siguientes requisitos:

- Estar desempleado.
- Permanecer inscrito durante un mes como demandante de empleo, el llamado “mes de espera” (a partir del cual nace el derecho al

subsidio) y mantener dicha inscripción durante todo el período de percepción del subsidio sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales.

- Suscribir el compromiso de actividad²².
- Haber trabajado como mínimo 12 meses en los últimos seis años desde su última salida de España, en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, Australia o Suiza.
- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional (fijado en 655,20 euros mensuales para el año 2016), excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Los requisitos citados deberán reunirse en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante toda la percepción del subsidio.

Esta ayuda se concede durante seis meses, prorrogables por otros dos períodos de igual duración, hasta un máximo de 18 meses, si se mantienen los requisitos.

El importe que se percibe es el 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento (fijado en 532,51 euros mensuales para el año 2016).

Atendiendo a los rigurosos requisitos a reunir resulta difícil poder considerar el subsidio por desempleo para emigrantes retornados un apoyo fácilmente utilizable por una buena parte de la población que ha emigrado.

b) Renta activa de inserción para emigrantes retornados

La Renta Activa de Inserción es una ayuda extraordinaria que tiene por objeto incrementar las oportunidades de inserción en el mercado de

²² Es el compromiso que adquiere la persona solicitante o beneficiaria de las prestaciones, de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar las posibilidades de obtener un puesto de trabajo, obligándose a cumplir todas aquellas obligaciones previstas en la normativa que regula las prestaciones por desempleo. Su incumplimiento se sancionará con infracción leve.

trabajo de personas desempleadas con especiales necesidades económicas y con gran dificultad para encontrar empleo, pudiendo ser beneficiarios de las mismas los emigrantes retornados.

Para ello, se han de reunir un conjunto de requisitos, entre los que se encuentran:

- Ser persona desempleada y estar inscrita como demandante de empleo y suscribir el compromiso de actividad.
- Tener 45 o más años de edad y ser menor de 65 años.
- No tener derecho a la prestación contributiva ni al subsidio por desempleo.
- No tener ingresos propios superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional.
- No haber sido beneficiario del Programa de Renta Activa de Inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud del derecho a la admisión del programa, salvo en el caso de víctimas de violencia de género o violencia doméstica y personas con discapacidad.
- No haber sido beneficiario de tres Programas de Renta Activa de Inserción anteriores (la RAI se puede cobrar como máximo tres periodos).
- Haber trabajado al menos 6 meses en el extranjero desde la última salida de España y haber retornado en los 12 meses anteriores a la solicitud.

La ayuda se puede cobrar durante 11 meses como máximo y se comienza a percibir desde el día siguiente al de la solicitud.

El importe que se percibe es el 80% del IPREM mensual vigente en cada momento.

Aquellas personas que no tengan derecho a percibir la renta activa de inserción por no reunir los requisitos exigidos a nivel estatal, podrían ser beneficiarios de los programas autonómicos de inserción socio-laboral, donde los requisitos son menos exigentes. Así es, en las Rentas Mínimas autonómicas (RAI), se contempla como colectivo beneficiario a los emigrantes retornados, incluso en ocasiones, considerándolos perceptores preferentes si se reúnen los requisitos establecidos en la convocatoria. En cualquier caso, los beneficiarios de esta prestación han

de ser españoles, residir y estar empadronados dentro de la Comunidad que otorga la renta²³.

c) Subsidio por desempleo para emigrantes retornados mayores de 55 años

El subsidio por desempleo también está contemplado en el caso de aquellos que hayan trabajado en el extranjero y tengan más de 55 años en el momento de volver a España. Para tener derecho a este subsidio se han de reunir los mismos requisitos exigidos en el subsidio para emigrantes retornados, y además:

- Cumplir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social española.
- Haber cotizado por desempleo un mínimo de 6 años a lo largo de la vida laboral.
- Tener cumplida la edad de 55 años en el momento de poder acceder al subsidio de emigrante retornado o cumplirla durante la percepción del mismo.

La duración será hasta que la persona trabajadora alcance la edad para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en Sistema de Seguridad Social española y la cuantía mensual será igual al 80 % del IPREM vigente.

d) Prestación por desempleo del emigrante retornado que cotizó en España antes de emigrar

²³ En este sentido, hay disparidad a nivel autonómico ya que hay Comunidades Autónomas que no exigen permanencia alguna, como es el caso de Galicia (Art. 9.1.c Ley Gallega 9/1991, de 2 octubre), Asturias (Art. 7 Ley Asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico) y Cantabria (Art. 29.3 Ley Cántabra 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales); otras que exigen un año, como Extremadura (Decreto Extremoño 28/1999, de 23 de febrero por el que se regulan las Ayudas para la Integración en Situaciones de Emergencia Social) o Castilla y León (art. 8 Decreto Castellano y Leonés 126/2004, de 30 diciembre); y Comunidades que llegan a exigir hasta residencia de 3 años en los últimos 5 años, como sucede en Canarias (Art.7.1.a Ley Canaria 1/2007, de 17 de enero).

Los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral y retornen a España, podrán percibir prestación por desempleo en España, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- Encontrarse en situación legal de desempleo.
- Inscribirse como demandante de empleo, permanecer inscrito durante la percepción de la prestación y acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada y suscribir un compromiso de actividad.
- Tener cubierto en España un periodo mínimo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores a la fecha de emigración, siempre que éstas no hayan sido computadas para el nacimiento de un derecho anterior.
- No estar percibiendo la prestación por desempleo en ningún otro Estado del Espacio Económico Europeo o Suiza.
- No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación española, salvo que el trabajador no tuviera derecho a ella por falta de acreditación del período de cotización requerido.

Su duración dependerá de las cotizaciones realizadas en los últimos 6 años anteriores a la salida de España, salvo cuando el trabajador tenga cotizaciones computables en el extranjero, en cuyo caso los 6 años hacia atrás se calcularán desde la fecha en que finalice la relación laboral.

El importe diario de la prestación por desempleo durante los seis primeros meses es el 70% de la base reguladora, calculado según las bases de contingencias profesionales de los 180 últimos días cotizados, exceptuando las horas extraordinarias y el 50% a partir de dicho período²⁴.

e) Ayudas extraordinarias para retornados

Son ayudas destinadas a atender las situaciones de necesidad de los españoles retornados, por los gastos extraordinarios derivados del hecho

²⁴ La cuantía máxima y mínima de la prestación variará en función de los hijos a cargo. A tales efectos, serán considerados hijos a cargo los menores de 26 años o mayores con discapacidad o menores acogidos que convivan con el beneficiario y no tengan rentas mensuales superiores al Salario Mínimo Interprofesional.

del retorno, cuando se acredite insuficiencia de recursos en el momento de solicitud de la ayuda.

3.3. Medidas de carácter autonómico

Las Comunidades Autónomas contemplan en su totalidad un elenco de ayudas paliativas con la finalidad de promover las políticas de retorno para la inserción laboral de los emigrantes retornados, teniendo un carácter de complementariedad y no sustitutivo de la protección del Estado. En este apartado se destacarán las mejores prácticas en esta materia, destacando las políticas de retorno más representativas a nivel autonómico. Previamente, cabe destacar algunos aspectos compartidos por la mayoría de las Comunidades Autónomas²⁵, como son sus objetivos principales, centrados en la ciudadanía y en la protección económica y social de su retorno, a través de la concesión de ayudas o subvenciones a emigrantes retornados para sufragar los primeros gastos de estancia y manutención derivados del retorno al país de origen²⁶. Éste es el caso de las ayudas para traslado de enseres y desplazamiento de retornados, prestadas por todas las Comunidades Autónomas aunque en desigual cuantía, con la finalidad de cubrir los primeros gastos de estancia y manutención²⁷ así como los derivados de la integración social y laboral²⁸.

Del mismo modo, son comunes las medidas de actuación (prestaciones económicas o de servicios), que se materializan a través de “Guías de retorno” (Madrid, Galicia, Andalucía, Asturias, Castilla y León, entre otras), de similar contenido que la Guía de retorno elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con las que se pretende orientar

²⁵ Pilar Rivas, “Migración española del siglo XXI y políticas migratorias públicas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40, (2015): 142.

²⁶ Este es el caso, por ejemplo, de Canarias. El Comisionado de Acción Exterior del Gobierno de Canarias concede ayudas a emigrantes canarios retornados con el fin de sufragar los primeros gastos de estancia y manutención derivados del retorno a las Islas. Sus características y cuantía se aprueban con carácter anual y se debe acreditar la insuficiencia de recursos en el momento de la solicitud www.gobiernodecanarias.org.

²⁷ ORDEN 4/2006, de 1 de septiembre, por la que se regulan las ayudas extraordinarias a riojanos residentes en el extranjero y retornados a la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR núm. 117, de 5 de septiembre de 2006).

²⁸ ORDEN PRE/285/2016, de 7 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas dirigidas a emigrantes castellanos y leoneses para facilitar su retorno e integración en la Comunidad de Castilla y León, *BOCYL núm.71*, 14 de Abril, pp.15558-155566.

a los emigrantes en su proceso de retorno a España proporcionándoles información sobre los trámites previos y posteriores al retorno, la asistencia sanitaria, políticas (pasivas) de empleo, sistema de pensiones, sistema educativo, dependencia y otras ayudas y programas.

En lo que respecta a las Rentas Mínimas Autonómicas, aunque en todas las CCAA figuran como colectivo los emigrantes retornados, en algunas son considerados perceptores preferentes siempre que reúnan los requisitos establecidos en la convocatoria. En cualquier caso, los beneficiarios han de ser españoles y residir y estar empadronados dentro de la Comunidad que otorga la renta. En lo que respecta a la exigencia de residencia existe gran disparidad, habiendo comunidades que no exigen permanencia alguna²⁹, otras que exigen seis meses³⁰, otras un año³¹ y otras incluso residencia de 3 años en los últimos 5 años³². Tampoco hay coincidencia respecto a la edad exigida, que se flexibiliza para este colectivo situándose entre los 25-65 años, rebajándose a los 18 años en algunos casos (Extremadura). Al tratarse de unos requisitos menos exigentes, se permite que sujetos que no tendrían derecho a percibir la renta activa de inserción estatal, sí puedan beneficiarse de estos programas autonómicos de inserción socio-laboral³³.

En términos generales, no se puede afirmar actualmente que el eje central de las políticas autonómicas de retorno sea el fomento y promoción de la inserción socio-laboral en el país de origen, salvando algunas excepciones, que podrían considerarse ejemplos de buenas prácticas:

El Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su artículo 12 establece como objetivo la superación y creación de las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los emigrantes andaluces. En una misma línea, el artículo 15 de la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo dispone que la Administración de la Junta de Andalucía, en el ámbito de sus competencias, desarrollará

²⁹ Art. 9.1.c Ley Gallega 9/1991, de 2 de octubre; art. 7 Ley Asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico.

³⁰ Art. 6 Ley Catalana 1997, de 3 de julio de la Renta Mínima de Inserción.

³¹ Art. 8 Decreto Castellano y Leonés 126/2004, de 30 de diciembre.

³² Art. 7.1. a) Ley canaria 1/2007, de 17 de enero.

³³ Margarita Navarro Pabsdorf y Antonio Mihi Ramírez, “El impacto de la migración en España tras la crisis de 2008”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 330.

actuaciones específicas para facilitar el regreso y la integración social de las personas retornadas, en cuyo desarrollo se aprobó el I Plan Integral para los Andaluces en el Mundo (PIPAM)³⁴, que dedica su Título V a medidas sociales para facilitar el retorno de los andaluces en el exterior. En lo que respecta al empleo, la Junta de Andalucía podrá adoptar medidas tendentes a facilitar el retorno como: programas especiales para facilitar el establecimiento de empresas; fijar incentivos para aquellas empresas que contraten a personas retornadas y establecer facilidades para estudiantes andaluces en el exterior y personas de origen andaluz que decidan cursar estudios en Andalucía; y promover el retorno del personal investigador (art. 49).

En Andalucía cabe destacar, por su relevancia en el tema tratado, el Programa de Retorno de Talento Joven³⁵, cuyo objeto es el de facilitar el regreso de personas andaluzas que estén desarrollando su actividad laboral en el extranjero y deseen incorporarse al mercado laboral en Andalucía³⁶.

A tal fin, se establecen dos tipos de ayudas para facilitar el retorno:

- a. Incentivos a la contratación dirigidos a empresas que contraten a personas andaluzas que se encuentren trabajando y residiendo en el extranjero. Serán beneficiarias las empresas que contraten con carácter indefinido y a jornada completa a personas trabajadoras andaluzas que reúnan los siguientes requisitos: hasta 45 años de edad, título universitario oficial de grado o equivalente, situación de alta laboral en la categoría correspondiente a su titulación o equivalente, residencia en el extranjero durante al menos los dos últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de formalización del contrato³⁷, residencia habitual en Andalucía a consecuencia de la contratación.

³⁴ Disponible en http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/csalud/galerias/documentos/c_4_c_5_andaluces_en_el_mundo/estatuto_andaluces_en_el_mundo_2006.pdf

³⁵ Regulado por la Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo, modificada por el Decreto-Ley 2/2016, de 12 de abril.

³⁶ Siempre que se encuentren en los ámbitos de oportunidad incluidos en las prioridades de especialización de la Estrategia de Innovación de Andalucía 2020 <http://ris3andalucia.es/wp-content/uploads/2015/02/Documento-Ris3-version-final-8-27-02-15.pdf>

³⁷ La gran mayoría de las Comunidades Autónomas exigen un periodo de residencia en el extranjero como condición indispensable para tener derecho a las ayudas de retorno. Éste es el caso de Galicia, donde se exige haber residido legalmente en el extranjero un

- b. Ayuda al traslado de residencia para las personas contratadas con cargo del Programa, siendo su cuantía de un máximo de 22.000 euros por los siguientes conceptos: gastos de desplazamiento, gastos de alojamiento (generados durante los primeros 12 meses de vigencia del contrato de trabajo), gastos de escolarización (para primer ciclo de educación infantil durante los doce primeros meses de vigencia del contrato)

En el plano social, el I Plan Integral para los Andaluces en el Mundo (PIPAM) establece el acceso a prestaciones educativas, sanitario-asistenciales y de asistencia social de las personas retornadas (art. 48.1) y facilidades para los retornados en la adjudicación de viviendas (art. 48.2). Del mismo modo, en Extremadura se convocan anualmente ayudas para facilitar el retorno a Extremadura de los extremeños en el exterior y sus familias³⁸.

En esta materia, los extremeños y comunidades extremeñas en el exterior y la administración regional cuentan con el Estatuto de los Extremeños en el Exterior (Ley 6/2009, de 17 de diciembre), como marco jurídico que regula, entre otras, la concesión de ayudas para facilitar el retorno a Extremadura de los extremeños en el exterior y de los familiares a su cargo que integren la unidad familiar. En su artículo 7, relativo al derecho de retorno, establece, a mero título informativo que «la Junta de Extremadura adoptará, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas específicas para favorecer el retorno de extremeños residentes en el exterior y con el fin de que fijen su residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura», por su parte, el artículo 14, relativo al empleo, reconoce a los extremeños residentes en el exterior el derecho a participar en programas de empleo de la Junta de Extremadura, así como a conocer las ofertas de empleo que gestione

mínimo de 3 años ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha de su retorno a España. Se trata de cuantías mínimas y residuales, oscilando de los 50.000 € a los 70.000 € para el ejercicio de 2016. RESOLUCIÓN de 15 de febrero de 2016, de la Secretaría General de la Emigración, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de las ayudas extraordinarias a personas emigrantes gallegas retornadas, y se procede a su convocatoria para el año 2016, DOG núm. 41 de 1 de marzo de 2016, pp. 7700-7718.

³⁸ Véase la ORDEN de 9 de diciembre de 2014 por la que se convocan ayudas para facilitar el retorno a Extremadura de los extremeños en el exterior y sus familias, para el ejercicio 2015.

su servicio público de empleo y a acceder a las mismas en condiciones de igualdad con respecto a los ciudadanos residentes en Extremadura, mediante el Certificado acreditativo de la condición de extremeño retornado y extremeño en el exterior.

Al igual que otras Comunidades Autónomas, entre las que se encuentran Asturias y Galicia, Extremadura cuenta con un programa de atención al emigrante retornado, el cual fue aprobado por Decreto 26/2011, de 18 de marzo, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo de Comunidades Extremeñas en el Exterior y la expedición de certificados de Extremeños Retornados y Extremeños en el Exterior.

No se puede considerar que en estas previsiones de carácter programático e informativo se contengan auténticas medidas con las que se promueva la integración social y laboral de los extremeños retornados, sino más bien un enaltecimiento del derecho a la igualdad en el acceso al empleo entre españoles residentes en España y españoles residentes en el exterior.

Unas políticas más orientadas al retorno se han desarrollado en Galicia, Asturias y País Vasco³⁹. La guía del retorno editada por la Secretaría General de Emigración de la Junta de Galicia pretende guiar a todos los emigrantes gallegos en su proceso de retorno a España, facilitando una amplia información relativa a trámites administrativos de retorno, sistema de pensiones, ayudas o prestaciones a las que podrían acogerse tanto de carácter asistencia (vivienda) como económico. En su capítulo IV, orientado al empleo, se limita a recoger la definición de empleo y del Servicio Público de Empleo de Galicia, centrándose a continuación en describir las políticas pasivas de empleo, de responsabilidad del Sistema Público de Empleo Estatal, desarrolladas para proteger las situaciones de desempleo. No se contempla ninguna política activa de empleo, lo que hubiera sido destacable, máxime si se dirigieran a mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los gallegos/as emigrantes que tiene la intención de retornar a su país, por las especiales dificultades que tienen para encontrar un trabajo en España que les facilite y permita el retorno.

³⁹ Véase el análisis realizado por Pilar Rivas, “Migración española del siglo XXI y políticas migratorias públicas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40, (2015): 144 y 145.

Al igual que Asturias⁴⁰, cuenta con un Plan integral de emigración 2014-2016⁴¹, con diferentes áreas de actuación, entre las que cabe resaltar el área de retorno, con dos líneas de actuación; una centrada en las ayudas de retorno (26), con carácter general, y otra dedicada a las ayudas de autoempleo y actividad emprendedora de los retornados (27). Las primeras van dirigidas a aliviar la carencia de recursos de emigrantes gallegos retornados y sus familias, y las segundas son subvenciones destinadas a promover el autoempleo y la actividad emprendedora en la Comunidad Autónoma gallega de las personas gallegas retornadas, mediante su constitución como trabajadores/as autónomos/as a sabiendas de que el éxito en el proceso de retorno de los emigrantes depende en gran medida de que se produzca su efectiva integración en el mundo laboral, por lo que se considera de gran importancia contribuir, por un lado, a hacer realidad las iniciativas empresariales de los emigrantes gallegos y, por otro lado, el desarrollo del tejido empresarial gallego. Por ello, con esta línea de actuación se fomenta la cultura y actividad emprendedora prestando ayuda en las fases iniciales del proyecto empresarial.

La Guía de retorno para la emigración asturiana facilita información sobre ayudas y prestaciones a las que el emigrante retornado puede acogerse en territorio español, entre las que se encuentran las ayudas individuales para emigrantes retornados y el salario social básico. En su Plan integral de emigración 2013-2016 se apoya a la población emigrante retornada facilitando información y asistencia.

En Castilla y León, la Ley 8/2013, de 29 de octubre, de la Ciudadanía Castellana y Leonesa en el Exterior, dedica los Capítulos IV y V al empleo y al retorno sucesivamente. Concretamente, el artículo 21, titulado «política integral de retorno», establece que los poderes públicos promoverán una política integral para facilitar el retorno y removerán los obstáculos que dificulten su integración social y laboral, prestando especial atención a las situaciones de especial necesidad, a los menores desprotegidos y a las víctimas de violencia de género (art. 21.1). Las previsiones se centran en proporcionar asesoramiento y orien-

⁴⁰ IV Plan Integral de Emigración del Principado de Asturias 2013-2016 www.emigrastur.es/bibliotecas/download/nuevo-plan-de-emigración

⁴¹ Plan Integral de Emigración, Xunta de Galicia, 2014-2016 <http://emigracion.xunta.gal/files/publicacion/2014/09/23819-plan-integral-emigracion-2014-2016.pdf>

tación sobre la política integral de retorno a la Comunidad (art. 21.2) y establecer medidas y programas de apoyo, que serán especificadas en el plan estratégico plurianual, para facilitar el retorno de aquellos que se encuentren en situación de especial necesidad por razones socioeconómicas, de edad o de salud (art. 22.3). Sin embargo, solo se trata de medidas meramente programáticas en las que no se contempla de forma expresa ninguna ayuda económica de la comunidad de Castilla y León, sino que su contenido económico-asistencia forma parte del marco estatal de protección del retorno.

En Cataluña, la Ley 25/2002, de 25 de noviembre, de medidas de apoyo al regreso de los catalanes emigrados y sus descendientes, regula el Plan de Ayuda al Retorno (PAR)⁴², cuyo objetivo es el de apoyar a los emigrantes catalanes y descendientes que quieran regresar a Cataluña y que se encuentren en situación de necesidad o desprotección, para atender sus necesidades básicas y favorecer su integración social y laboral. A tal fin, se facilita información y orientación sobre un conjunto de actuaciones, entre las que destacan: la inserción laboral, mediante el Servicio de Ocupación de Cataluña, y el acceso a planes de ocupación; el trabajo por cuenta propia y el autoempleo mediante cooperativas y sociedades laborales en Cataluña; y las acciones formativas establecidas por la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña.

La previsión más destacable en el ámbito de empleo se encuentra en la Disposición Adicional cuarta, en la que se establece una reserva de puestos de trabajo. Concretamente, se encomienda al Gobierno, con carácter obligatorio, «reservar un 5% de los puestos de trabajo enmarcados en las ayudas destinadas a la contratación de trabajadores desocupados para ejecutar obras y servicios de interés general y social, para la subvención de los costes salariales de los trabajadores que lo deseen y que cumplan los requisitos fijados por la presente Ley para acogerse al Plan de ayuda al regreso o bien que ya disfruten de la condición de regresado o regresada». Sin embargo, se ha venido demostrando que este mandato al ejecutivo no se está cumplido de forma rigurosa, lo que

⁴² Plan de Ayuda al Retorno (PAR): reconocimiento y prestaciones, Generalitat de Catalunya <http://web.gencat.cat/es/tramits/tramits-temes/Pla-dAjuda-al-Retorn-PAR-reconeixement-i-prestacions>

sería deseable para facilitar la contratación de quienes, reuniendo las condiciones exigidas para ser beneficiarios, lo deseen⁴³.

Recientemente se ha puesto en marcha en Castilla-La Mancha el programa de Retorno de talento joven con la finalidad de dar la oportunidad a los jóvenes de regresar a Castilla-La Mancha y desarrollar un proyecto de vida propio. Este Programa incluye tres líneas de ayudas: subvenciones para la contratación indefinida de hasta 15.000 euros, destinadas a las empresas y otras entidades que contraten a personas jóvenes castellanomanchegas, que hayan residido o trabajado en el extranjero, con la finalidad de facilitar el regreso e incorporación de las mismas al mercado laboral de Castilla-La Mancha; subvenciones para el inicio de la actividad emprendedora de hasta 6.000 euros, dirigidas a las personas jóvenes castellanomanchegas que hayan residido o trabajado en el extranjero y quieran desarrollar una actividad económica por cuenta propia en nuestra Comunidad Autónoma, con la finalidad de compensar los gastos de inicio de actividad a los que se enfrenta toda persona emprendedora; y pasaporte de vuelta, Pasaporte de vuelta que implica un derecho, en expectativa, para la concesión de una ayuda de hasta 3.000 euros destinada a sufragar los gastos asociados al traslado desde el extranjero hasta la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha⁴⁴. La gran aportación de este Programa es la creación de un servicio de mediación, integrado por treinta profesionales con experiencia en el ámbito del empleo y la orientación laboral, cuyo cometido es el de acompañar al emigrante en su proceso de retorno, asesorándole sobre cuestiones laborales, poniéndole en contacto con empresas interesadas en contratar talento internacional. Igualmente cuenta con una plataforma tecnológica donde registrarse para recibir información, crear un perfil profesional como candidato/a al retorno y consultar ofertas de empleo para trabajar.

⁴³ Pilar Rivas, “Migración española del siglo XXI y políticas migratorias públicas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40, (2015): 147.

⁴⁴ Su buen funcionamiento se analiza desde la organización Volvemos, Programa de Retorno de Talento a España, que lo considera como el programa más ambicioso que ha realizado hasta ahora España y lo muestra como un ejemplo de cómo la voluntad política se puede transformar en un nuevo servicio que la administración presta a su ciudadanía, y para el que tiene que adaptarse a nuevas demandas estableciendo procesos innovadores <http://volvemos.org/estrella-y-tania-son-las-dos-primeras-jovenes-retornar-castilla-la-mancha>

Los datos, conocimientos y experiencia lo convierten en el programa de retorno más ambicioso desarrollado en España hasta la fecha.

El Gobierno de La Rioja también se ha sumado al retorno del talento poniendo en marcha una iniciativa que tiene, entre sus objetivos principales fortalecer el vínculo entre los emigrantes riojanos y su tierra, estableciendo una comunicación fluida, lo que permitirá conocer sus necesidades para retornar y crear oportunidades para el retorno de La Rioja, favoreciendo el contacto entre los profesionales emigrantes que quieren volver y las empresas riojanas que demandan talento internacional.

A nivel provincial, cabe destacar en Barcelona, el proyecto “Welcome Back Reloaded”, de fomento del retorno del talento, desarrollado por la Fundación Cecot Persona i Treball, que cuenta con la financiación de la Secretaria General de Inmigración y Emigración, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Tiene por finalidad dar respuesta a las inquietudes de las personas jóvenes –16 a 35 años – de nacionalidad española residentes en el extranjero, y que se plantean el retorno, a sabiendas de que sus necesidades son muy parecidas a las de un inmigrante, ya que aunque se conozca el idioma y la cultura, hay elementos que se han modificado durante la estancia en el exterior. En referencia al ámbito laboral, la red de contactos así como sus conocimientos previos se habrán modificado considerablemente, requiriéndose una actualización. Redescubrir y recopilar datos útiles en torno al mercado de trabajo requiere de tiempo y en este sentido una orientación profesional adquiere una vital importancia.

El proyecto proporciona información sobre el mercado laboral (sectores emergentes, con demanda de personal, etc.), información sobre los servicios privados y públicos para la búsqueda de trabajo, y conocimientos y recursos para el emprendimiento y la creación de empresas. Para ello, se ofrece recepción de newsletter periódica con información en torno al mercado de trabajo, capacitación sobre emprendimiento y creación de empresas.

El ayuntamiento de Valladolid es pionero en el retorno del talento. Su Plan de Retorno del Talento consta de tres líneas de ayudas económicas para facilitar el retorno y la inserción laboral de personas vinculadas a Valladolid, que salieron a buscar un futuro laboral fuera de la ciudad: las primeras van destinada a apoyar económicamente a las empresas con centro de trabajo en Valladolid, que contraten a jornada completa

y por un mínimo de dos años a un emigrante, las segundas dirigidas a fomentar proyectos de emprendimiento promovidos por emigrantes, y las terceras a ayudar al emigrante con los gastos asociados al retorno (viaje, traslado, alojamiento provisional, y perfeccionamiento del idioma). Para dar cumplimiento a sus objetivos, dispone de una plataforma web del Plan de Retorno del Talento, que incluye acceso a ofertas de empleo, asesoría en la búsqueda de empleo y emprendimiento, así como diferentes servicios para emigrantes que desean volver y empresas que quieren contratar. Se trata de una herramienta tecnológica fundamental para fomentar y canalizar la participación en una iniciativa pionera en España. La plataforma web incluye un espacio donde registrar el perfil personal y profesional, para poder acceder a las ayudas al retorno, ofertas de empleo y otros servicios, un lugar donde las empresas publicarán ofertas de empleo que cumplan los requisitos del Plan, Asesoría personalizada en la búsqueda de un empleo, servicios de consultoría y tutoría para la creación de empresas, un punto de Retorno para informar sobre trámites administrativos y resolver dudas y una Red de Talento, como espacio abierto de participación para afianzar la línea de Retorno.

A pesar de que diferentes administraciones autonómicas, regionales y locales han puesto en marcha con éxito un plan de retorno bien diseñado y ambicioso, sigue siendo fundamental poner en marcha un Plan Nacional de Retorno de Talento, que corrija posibles discriminaciones por razón de origen y dote de coherencia y fortalezca el diseño de unas políticas de retorno que avancen en la tutela jurídico social de los derechos de los trabajadores emigrantes españoles.

4. Medidas para la recuperación del talento y la reintegración de investigadores

Conseguir empleo en plena crisis resulta muy difícil para los jóvenes sin experiencia, pero en el caso de los investigadores alcanzar esa meta se hace prácticamente imposible. Es por ello que miles de jóvenes investigadores españoles decidieron emigrar en busca de la oportunidad que su país no les ofrecía y sigue sin ofrecerle, siendo complicado encontrar jóvenes especialistas residentes en España a consecuencia de ello.

La pérdida de capital humano desplazado a otros países ha afectado notoriamente al sistema de la ciencia, tecnología e innovación de nuestro país, situación que ha sido motivada por los recortes, la gestión y el “abandono” de las políticas de ciencia e innovación. Esto ha supuesto una importante reducción en el número de científicos y la ausencia de oportunidades para muchísimos jóvenes investigadores que no han podido iniciar o continuar con su carrera científica.

Ahora, tras el tímido repunte económico, es el momento de replantear esta cuestión y saldar la deuda con aquellos que encontraron en otro país mejores oportunidades de las que su propio país supo proporcionarle. Y es que en el ámbito académico, la “fuga de cerebros”⁴⁵ requiere una atención especial, debiéndose adoptar políticas de apoyo a los investigadores españoles para motivar su retorno a España y no la permanencia en el país de acogida⁴⁶.

Ya se han producido los primeros pronunciamientos políticos al respecto. A principios de 2016, se presentó una proposición no de ley⁴⁷ para intentar revertir esta situación y poder recuperar, incorporar y consolidar a los más de 10.000 jóvenes investigadores españoles que se encuentran trabajando en el extranjero, a sabiendas de que existe una imperiosa necesidad de recuperar el talento científico y profesional. Y es que el proyecto, denominado “Plan de retorno del talento científico y profesional”, aunque tenga como principales destinatarios a los profesionales del ámbito científico, también persigue motivar el retorno de diversos profesionales cualificados que, por distintos motivos, decidieron radicarse fuera del país.

⁴⁵ El término alude a la emigración de profesionales y científicos formados universitariamente en sus países de origen a otras naciones, fundamentalmente por la falta de oportunidades de desarrollo de sus áreas de investigación, motivos económicos o conflictos políticos en su país natal. Véase Margarita Navarro Pabsdorf y Antonio Mihi Ramírez, “El impacto de la migración en España tras la crisis de 2008”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 144-145.

⁴⁶ Pilar Rivas, “Migración española del siglo XXI y políticas migratorias públicas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40, (2015): 140.

⁴⁷ Iniciativa del Partido socialista Obrero español (PSOE) presentada al Congreso de los Diputados el día 21 de enero de 2016. Puede consultarse el documento en http://www.socialistasdelcongreso.es/opencms/export/sites/default/gps/resources/Prensa/Documentos/PNL_aprobacixn_PLan_retorno_talento_cientifico_y_profesional_270116.pdf

En este proyecto se incluyen propuestas laborales para que los jóvenes puedan continuar con su carrera en su país natal y, además, colaborar con el desarrollo del país en las distintas temáticas en las que se especializan. Su puesta en marcha se realizaría a través de dos programas: uno dirigido a promover el retorno de jóvenes investigadores, a desarrollar con el apoyo de distintas instituciones públicas y privadas vinculadas a la investigación científica; y otro de Talento Profesional enfocado en el personal directivo y técnico joven con experiencia laboral obtenida en el extranjero, con el objeto de ponerlo a disposición del mercado español.

Para garantizar el acceso pleno de los jóvenes a las ofertas de empleo, se incentivará a las empresas privada para su contratación, creándose con las mismas convenios de colaboración.

Como alternativa a este Plan de retorno, desde otras instancias políticas⁴⁸ se propone desarrollar el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i, recogido en el Plan Estatal, para todas las etapas del personal investigador, es decir, formación predoctoral, formación postdoctoral y contratos de incorporación al sistema público de I+D+i y al sector privado.

En el marco de este Programa se han desarrollado diferentes planes con la finalidad de retener a los jóvenes investigadores que estuvieran desarrollando su actividad en España, incluidos estudiantes de doctorado y personal docente investigador, así como la de facilitar su retorno ofreciéndoles empleos de calidad. Para un funcionamiento óptimo, es necesario incrementar las inversiones en I+D+i y desarrollar mecanismos de cofinanciación por parte de la UE y de actores públicos y privados.

Además, para su completa implementación se requiere la colaboración de las universidades, así como de aquellas instituciones públicas y privadas que promuevan, fomenten y desarrollen la investigación científica en cualquier ámbito de actuación.

Pese a las iniciativas comentadas, lo cierto es que la política nacional de atracción de talento científico tampoco se ha mostrado especialmente relevante ni exitosa hasta la fecha, centrando los esfuerzos en ayudas

⁴⁸ Plan de retorno científico propuesto por el Partido popular.

para compensa el retorno de los emigrantes cualificados, tales como costes de viaje, ayudas para el alojamiento, etc⁴⁹.

5. Conclusiones

La crisis económica que azota a España desde el año 2008 ha tenido un fuerte reflejo demográfico, apreciándose una clara inversión en el ciclo migratorio. Tras el boom inmigratorio (2000-2009), las entradas de extranjeros se fueron ralentizando al mismo tiempo que los flujos de salida se intensificaban, no solo protagonizadas por extranjeros sino también por Españoles que no han dejado de salir al exterior, forzados por la situación económica de los últimos años⁵⁰.

El objetivo migratorio no es otro que el de encontrar un trabajo que les proporcione estabilidad económica y la posibilidad de iniciar un proyecto de vida, con la intención inicial de regresar en un tiempo no muy lejano al país de origen, una vez que la situación económica haya mejorado y contando con un curriculum más amplio en el que no solo destaque la cuantiosa y valiosísima formación académica sino también la experiencia profesional y las múltiples habilidades y competencias personales y profesionales adquiridas en su desarrollo.

Sin embargo, los datos estadísticos evidencian una llamativa realidad, y es que en el periodo comprendido entre 2009-2013 el número de españoles que retornaban disminuía cada año, debido principalmente a que las perspectivas del mercado de trabajo y las condiciones laborales que España les ofrecía no eran mucho mejores que las que disfrutaban en el país de acogida. A lo que se le sumaba, como se ha podido comprobar, la inexistencia de políticas públicas dirigidas a facilitar y promover el retorno de los emigrantes españoles y por ende, su integración social y laboral. Con la recuperación económica, todavía no apreciada en el plano social, el número de españoles retornados se

⁴⁹ Margarita Navarro Pabsdorf y Antonio Mihi Ramírez, “El impacto de la migración en España tras la crisis de 2008”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 147.

⁵⁰ Amparo González-Ferrer, “La nueva emigración española. Lo que sabemos y lo que no”, *Zoom Político*, n. 18, (2013): 2.

ha visto incrementado (2014-2016) y ello pese a la prevalente inacción de nuestros Poderes públicos⁵¹.

Debe tenerse en cuenta que los españoles que se plantean su retorno a España se encuentran en una situación muy similar a la de un inmigrante ya que aunque se conozca la cultura y el idioma, durante el tiempo de residencia en el exterior hay muchos aspectos que cambian, teniendo que enfrentarse a ellos, tanto en el ámbito social como en el laboral. Respecto a este último, la red de contactos y referencias cambian considerablemente, siendo necesaria una actualización y recopilación de información útil en torno al mercado laboral, cuestión nada desdeñable si además tenemos en cuenta la distancia.

Por este motivo, las políticas de retorno para emigrantes españoles juegan un papel fundamental en este sentido, como propulsoras y facilitadoras del retorno e integración social y laboral⁵² de aquellos españoles que, en la mayoría de los casos, con una altísima formación académica *tuvieron* que emigrar en la búsqueda de un empleo donde poder desarrollar sus competencias y habilidades, ante las escasas posibilidades que su país les ofrecía.

El gran sacrificio personal y social invertido en su altísima formación (en la mayoría de los casos) y en su huida forzada a otro país con economías más florecientes, merece que nuestras instituciones y nuestras políticas migratorias promuevan su retorno a España, siendo de justicia facilitar a todos aquellos emigrantes españoles que así lo quieran, construir su proyecto individual en España, con lo que a su vez se contribuirá al desarrollo de nuestra economía y de nuestra sociedad.

Actualmente las políticas migratorias se encuentran en una fase incipiente, centradas principalmente en el estatus de nuestros ciudadanos en el exterior, olvidándose de la tutela económico-social a su retorno, lo que evidencia una importante carencia de respaldo público a nuestros nuevos emigrantes. Ante este escenario, resulta necesario y urgente diseñar y ejecutar una política de retorno integral, para lo

⁵¹ Datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INEbase), obtenidos a partir de las bajas consulares de españoles residentes en el extranjero.

⁵² Jorge Benedicto, et al., *Transitar a la intemperie. Jóvenes en busca de integración*, Observatorio de la juventud de España. Disponible online en <http://www.injuve.es/observatorio/valores-actitudes-y-participacion/transitar-a-la-intemperie-jovenes-en-busca-de-integracion>.

que será indispensable el compromiso de las instituciones y organismos de empleo nacional, sin dejar recaer todo el peso en los gobiernos autonómicos a sabiendas de que disponen de un marco de disposición estrecho en materia de empleo y atención social.

Como se viene demostrando, no es suficiente la mera dependencia de los programas específicos y dispares que desarrolle cada una de las CCAA que han venido mostrando algo de interés por favorecer y facilitar el retorno de los españoles. Hay que implementar estrategias para tratar de recuperar el capital humano necesario para reactivar una economía más competitiva en el contexto global y así hacer que nuestro país compita por la atracción del talento global⁵³.

Y es que, como ya se ha indicado, los profesionales con experiencia internacional retornan a España aportando a las empresas un talento y unas capacidades especiales, trayendo cambios sociales, económicos y culturales muy positivos para nuestro país. Dichos beneficios han de ser conocidos por las Administraciones públicas, a quien compete la puesta en marcha de iniciativas públicas que faciliten la vuelta al país de origen.

En definitiva, lo fundamental, es la voluntad política de visibilizar y entender el fenómeno, así como de intervenir sobre él. Analizar los perfiles profesionales de quienes quieren retornar, estudiar si esos perfiles encajan con los sectores estratégicos, conocer mejor las necesidades concretas para el retorno, proporcionar información sobre el mercado laboral, sobre los servicios para la búsqueda de empleo, conectar a empresas interesadas en talento internacional con profesionales emigrantes, dinamizar y hacer crecer la comunidad de los que quieren volver, crear plataformas tecnológicas que faciliten la relación entre la administración y quienes están fuera, incentivar la contratación de personas retornadas y facilitar y mejorar los conocimientos y recursos para el emprendimiento y la creación de empresas autoempleo⁵⁴, parecen mejoras razonables a sabiendas de que el éxito en el proceso de retorno de los emigrantes depende en gran medida de que se produzca su efectiva integración en el mundo laboral.

⁵³ José Antonio Fernández Avilés, “¿Qué tutela jurídico-social para los trabajadores emigrantes?”, en VV.AA. José Antonio Fernández Avilés (Dir.) y Manuela Durán Bernardino (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, (Navarra: Aranzadi, 2017), 46-47.

⁵⁴ Así lo destacan los profesionales del Programa de Retorno de Talento a España, Volvemos <http://volvemos.org/administraciones-publicas-se-suman-al-retorno-talento>

EL DERECHO DE ASILO Y LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DR. OSCAR IGNACIO MATEOS DE CABO
Profesor titular de Derecho constitucional URJC

SUMARIO

1. El derecho de asilo como derecho humano universal.
2. El Derecho internacional y el reconocimiento del derecho a buscar asilo.
3. Diferencias entre refugiado y asilo.
4. El derecho de asilo y la protección subsidiaria en la legislación española.
5. Las principales aportaciones de la Ley 12/2009 LDAPS en cuanto a la admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional.
6. Conclusiones y especial valoración del sistema español de asilo.

1. El derecho de asilo como derecho humano universal

El Tratado de Paz de Kadesh, del que una copia adorna, en la actualidad, las paredes de la sede de la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, es el acuerdo diplomático más antiguo conocido, producido en el Oriente Medio, y celebrado sobre el año 1259 antes de Cristo, entre el faraón egipcio Ramsés II y el rey hitita Hattusili III. Se trata de la primera referencia, de la que se tiene noticia, sobre refugiados y asilo. También sirvió para asegurar las fronteras, y permitir más de

100 años de paz entre estos pueblos, y se considera como un símbolo del primer “movimiento para la paz perpetua”¹.

Este Tratado de Kadesh, salvando las lógicas distancias de organizaciones sociales y políticas muy diferentes, se podría considerar como un primer precedente de lo que hoy sería algo parecido a la protección, que sobre esta materia, se desarrolla en la esfera del Derecho público internacional.

De esta forma, a través de este tipo de documentos, desde tiempos muy lejanos, podemos entender el derecho de asilo como una institución, que ampara a las personas necesitadas de protección internacional, conocido ya desde las civilizaciones más antiguas, inserto muchas veces en este tipo de instrumentos de paz, orientado hacia la posibilidad de entrada en el territorio del país de acogida, pero también como una petición para no ser obligado a salir de él de una manera forzosa².

No obstante, de todos los precedentes de la antigüedad sobresale el recogido en el Antiguo Testamento, en el Libro del Éxodo, cuando queda claro el mandato de Dios de “no maltratarás ni oprimirás al emigrante, pues emigrantes fuisteis vosotros en la tierra de Egipto. No explotarás a viudas ni a huérfanos. Si los explotas y gritan a mí, yo escucharé su clamor, se encenderá mi ira y os mataré a espada; vuestras mujeres quedarán viudas y vuestros hijos huérfanos”³.

Esta advertencia, de la protección divina del emigrante, se completa con otras muchas prescripciones de amar y respetar al prójimo, aunque sea extranjero, y se concreta en algunas medidas específicas, como la recogida en el Libro de los Números, cuando Jehová le manda a Moisés establecer seis ciudades de refugio, a las que puede acudir el homicida que hiriere a alguno de muerte sin intención. Destacamos que no sólo se ofrece este refugio para el pueblo elegido, sino también “para el

¹ Un ejemplar de este Tratado se grabó en jeroglífico en los Templos de Ra y Amón de Karnak y otra copia fue depositada en el Templo de Teshub en Hattusas. La versión hitita del Tratado se conserva en el Museo Arqueológico de Estambul. Vid. UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization). (2012). *Memory of the World: The treasures that record Our History from 1.700 BC to the present day*, p. 24.

² Kahale Carrillo, D. T. (2017). *El nuevo sistema del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, p. 21.

³ Biblia, Libro del Éxodo, cap. 22, versículo 20 a 24.

extranjero y el que more entre ellos, para que huya allá cualquiera que hiriere de muerte a otro sin intención”⁴.

De esta forma, el pueblo hebreo dispone de una prohibición de maltrato al emigrante, y de una serie de ciudades de refugio para el homicida inintencionado. Posteriormente, encontramos disposiciones parecidas, que establecen la posibilidad de refugio en los templos griegos o en los egipcios. A partir del cristianismo la protección del solicitante de asilo se va a reconocer también en las iglesias, monasterios, abadías y otros recintos sagrados.

En definitiva, las instrucciones de Dios para los hebreos, de los que se pueden beneficiar también otros pueblos, son el antecedente de unas instituciones en las que aparece el derecho de asilo como un derecho humano universal, que se va a materializar en una importantísima referencia a una institución religiosa de protección del emigrante, y de existencia de un derecho de asilo en los espacios sagrados, que permite su invocación frente a la injusticia y a las formas exacerbadas de persecución, para lograr una protección, que defienda, ampare y socorra al ser humano, que invoque protección en los lugares de culto divino.

Esta institución se materializa en la intervención del emperador del Imperio romano de Oriente, el hispano Arcadio, cuando en el año 397 reconoce la existencia de la concesión del asilo en las iglesias y monasterios, cuando se invocaba el asilo en “sagrado”. De esta forma, el cristianismo también recoge el “derecho de asilo” en los templos, del que habían disfrutado muchos pueblos antiguos, como los egipcios o los griegos, lo que conllevaba la intervención del obispo, como medio de proteger a los que se consideraba personas desvalidas, contra la injusticia y la violencia de sus opresores, aunque no se podía invocar para evitar el castigo del delincuente, que se acogiera a lo sagrado, por lo que no se podía aplicar a los delitos para frenar la correspondiente acción legal, pues como dice un adagio secular, la Iglesia ni juzga ni intenta juzgar la conciencia del acusado por delito (*de internis Ecclesia non iudicat*)⁵.

No obstante, la persona protegida por este tipo de asilo no podía ser extraído de un lugar sagrado, sin la autorización del juez eclesiástico

⁴ Biblia, Libro de los Números, cap. 35, versículos 9 a 28.

⁵ Huizing, P. (1967). “Crimen y castigo en la Iglesia”. *Concilium*, Revista internacional de Teología, n° 28, p. 310.

competente. En España el procedimiento se regulaba en una Bula de Gregorio XIV, quedando excluidos del asilo los delitos graves. El asilado era confinado en la cárcel del obispado, y se encomendaba a un juez eclesiástico que se pronunciase sobre si se concedía o no el asilo. Con el reinado de Carlos III el juez era siempre secular, y el delincuente era retenido en la cárcel civil, para evitar su posible huida. A lo largo de la historia diversas normas y regulaciones de la doctrina cristiana se encargaron de fijar los procedimientos, para acogerse a esta forma de protección, y sus posibles consecuencias jurídicas.

Por esta razón, algunos monarcas pidieron al Papado que se limitase el derecho de asilo, para que no se pudiesen producir injerencias con la justicia civil llegando, incluso, en algunos casos, a una abolición por las autoridades seculares. La respuesta de Roma fue la emisión de numerosas bulas papales, para reafirmar la autoridad eclesiástica y la libertad de jurisdicción que poseían⁶, como forma de reivindicar un ordenamiento jurídico canónico homogéneo, que no exige el consenso de los súbditos, pues el Papa, a diferencia de otros Príncipes, afirmaba su Poder solo de Dios⁷.

En España, el Concordato firmado en 1737 entre el rey Felipe V y el Papa Clemente XII limitó y puso las primeras restricciones a este derecho. Su sucesor en el papado, Clemente XIII, excluyó de este derecho a los asesinos. Posteriormente, los concordatos refrendados en 1851, entre Isabel II y Pío IX, y luego en 1953, entre Franco y Pío XII, limitaron mucho el número de delitos que se exceptuaban del derecho de asilo, haciéndolo prácticamente inútil. Los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979 reformaron el Concordato de 1953, para que se respetase la Constitución española de 1978, que en su art. 13.3 CE prevé que sea la “ley la que establezca los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Por tanto, legalmente el derecho de asilo en sagrado ya no existe, puesto que, según el art. 16. 3 CE, el Estado es aconfesional y “ninguna confesión tendrá carácter estatal” aunque,

⁶ Cfr. Bulas como la *Cum alias*, de Gregorio XIV; *Ex quo*, de Benito III o *In supremo*, de Clemente XII.

⁷ Prodi, P. (2010). *El soberano pontífice: Un cuerpo y dos almas: la monarquía papal en la primera Edad Moderna*. Madrid: Akal, p. 125.

según el mismo precepto, se mantienen “relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

No obstante, por otros motivos bien diferentes, en la actualidad existe la posibilidad de asilo en los edificios diplomáticos, pues según el Derecho internacional se consideran como parte del territorio de una nación extranjera, necesarios para el establecimiento de las delegaciones diplomáticas. Menos frecuente es el refugio o la petición de asilo en estas dependencias. Un caso muy conocido es el de Julián Assange, que en junio de 2012 realizó una solicitud de asilo político, en la embajada de la República del Ecuador, en Londres. El Gobierno ecuatoriano afirmó que había estudiado la petición de asilo, en términos de defensa de los derechos humanos, y no solamente por razones meramente políticas, y había tenido en cuenta que la vida de esta persona peligraba, con una hipotética extradición a los Estados Unidos, al ser un país en el que está vigente la pena de muerte, aunque detrás de la petición de extradición se encuentra la filtración de importantes documentos diplomáticos de los Estados Unidos, a través del sitio web *WikiLeaks*, del que Assange es fundador, editor y portavoz.

Un ejemplo de este tipo de búsqueda de asilo lo podemos encontrar en la práctica que se sigue en algunos países de América del Sur, que se pueden mostrar receptivos a su concesión en casos de verdadera persecución política, como en el supuesto de acosamiento contra miembros de algún partido de la oposición, pero que puede extenderse también a los que han podido protagonizar un intento para derrocar, sin éxito, al Gobierno en el poder incluyendo, incluso, el uso de algunas medidas coactivas.

Sin embargo, en el ámbito europeo la orden de detención europea, permite a los Estados miembros de la Unión Europea resolver de forma rápida y eficiente la solicitud de extradición de personas huidas de la justicia, ofreciendo también la posibilidad que se pueda cumplir la condena en su propio país, por lo que no procede el asilo político entre países comunitarios.

Por otro lado, a medida que las leyes se humanizan y las penas se suavizan, resultan menos admisibles las esferas de poder exentas del imperio de la ley. Por eso, con la aparición de los Estados modernos, la pérdida de poder del asilo religioso se corresponde con la reivindicación, por parte del poder civil, del derecho de administrar la justicia

en régimen de exclusividad. De esta forma, el asilo religioso fue progresivamente desapareciendo para pasar, de lo que Bouteillet denomina como un “asilo religioso”, hacia un “asilo secular”. Por tanto, el asilo secular va a derivar, en cierta forma, del asilo religioso, tanto conceptual como históricamente, y es el que se concede en un territorio por las autoridades soberanas de este último, en virtud de su poder político⁸.

En efecto, las posibles interferencias del derecho de asilo, como lo defendía la Iglesia, frente al Poder civil de la justicia ordinaria llevan a una evolución que, a partir del siglo XVIII, transforma el derecho de asilo para proteger no sólo la vida, sino también la libertad de pensamiento, por lo que el asilo va a adoptar unos perfiles más definidos de persecución por razones políticas, religiosas o análogas.

Ese cambio es ya evidente desde la Revolución francesa, que en el art. 120 de la Constitución de 1793, incorpora una formulación más moderna, que establece que el pueblo francés concede el asilo a los extranjeros que salgan de su patria, por causa de la libertad, a la vez que declara que se deniega ese mismo derecho de asilo a los tiranos. El mundo ya no se divide solo entre los protestantes y los católicos, sino que desde la caída de la monarquía francesa existe una nueva separación entre los reinos y las repúblicas, como formas de entender la libertad de los pueblos radicalmente opuestas, lo que origina un nuevo tipo de refugiado, por razones políticas, lo que supone un giro importantísimo de la concepción de este derecho⁹.

Sin embargo, si buscamos el punto de partida más contemporáneo de los primeros intentos de definir obligaciones de Derecho internacional, considerando el refugio como una institución protegida internacionalmente, según propone Santolaya Machetti, hay que avanzar hasta el año 1921, cuando se produce la petición del Comité Internacional de la Cruz Roja, para que el señor Nansen, que desempeñaba el cargo del

⁸ Bouteillet-Paquet, D. (2001). *L'Europe et le droit d'asile*. France: L'Harmattan, p. 42.

⁹ Estas ideas se declaran, solemnemente, en el primer párrafo de la Constitución de 1793, que resalta el deseo del pueblo francés que, frente a lo que se califica de olvido y desprecio de los derechos naturales del hombre, sufre “las desgracias del mundo”, pero que ha resuelto defender los derechos sagrados e inalienables, para que todos los ciudadanos, pudiendo comparar en todo momento los actos del gobierno, con la finalidad de toda institución social, “no se dejen nunca oprimir ni envilecer por la tiranía, para que el pueblo tenga siempre ante sus ojos las bases de su libertad y de la su felicidad, el magistrado la regla de sus deberes, el legislador el objeto de su misión”.

primer Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones para los Refugiados, busque un estatuto legal seguro en los países de acogida para las personas desplazadas. En un primer momento, este Comisionado estaba encargado de prestar asistencia al más de millón de refugiados, procedentes de la guerra civil rusa, pero posteriormente vio ampliado su mandato, para asistir también a griegos, búlgaros y armenios. Lo verdaderamente importante es que propone y logra la adopción de una serie de convenios internacionales, para la protección de refugiados en situaciones concretas, lo que logra en julio de 1922, con el llamado “Pasaporte Nansen”¹⁰.

No obstante, se trata todavía de una época en la que no existe una clara conceptualización de la figura del “refugiado”, como objeto de protección, si bien es posible apreciar ya algunos elementos típicos de su formulación, como son la de encontrarse fuera de su país de origen y no contar con la protección de su Gobierno. Con estos elementos se define, en 1926, a los refugiados rusos, para permitirles la obtención de certificados de identidad que les permitiese realizar viajes y reasentamientos. En el año 1936 se añaden a estos requisitos, para los refugiados alemanes desplazados, la condición de no haber abandonado su país por razones de conveniencia puramente personales¹¹.

En el año 1938 se produce un éxodo masivo de judíos, que escapan de la persecución religiosa y étnica de la Alemania nazi, incrementándose el problema cuando se produce la anexión de Austria, y unos 185.000 judíos más quedaron expuestos a su detención. La solidaridad de algunas personas permitió ocultar a los refugiados en hogares, escuelas, monasterios locales y conventos. También proporcionar identificaciones falsas y ayudar en el transporte de refugiados, a través de la frontera hasta Suiza, que era neutral.

La situación pone de relieve, la persecución no solo por causa de sus opiniones políticas, sino también de sus creencias religiosas o de su origen racial. Se crea un Comité Intergubernamental para los Refugiados, y en el mismo verano de 1938, los delegados de treinta y dos países

¹⁰ Santolaya Machetti, P (Ed.) (2001). *El derecho de asilo en la Constitución española*. Madrid: Lex Nova, p. 21.

¹¹ Goodwin-Gill, G (2004). *The Refugee in International Law*. Gran Bretaña: Oxford, p. 4.

se reúnen en la ciudad francesa de Evian, para expresar su compasión por los refugiados, pero la mayoría de los países, incluyendo a Estados Unidos y Gran Bretaña, ofrecieron excusas por no admitir más refugiados. Ya en 1924, el Congreso norteamericano había establecido unos cupos de inmigración, que limitaban el número de inmigrantes anuales en 150.000 personas, a la vez que discriminaban a grupos considerados “indeseables”, desde el punto de vista racial o étnico, rechazándose incluso el proyecto de ley Wagner-Rogers, que era una iniciativa para admitir como refugiados a 20.000 niños judíos en peligro.

Entre 1938 y 1940 ni siquiera se cubrió el 50% de ese cupo de inmigración en los Estados Unidos. La Conferencia de Bermudas de 1943 tuvo un resultado decepcionante, pues se limitó a enviar un pequeño contingente de refugiados judíos a las colonias en posesión de los aliados. Cerca de la ciudad de Casablanca se estableció un campamento al que llegaron 360 personas¹².

El inmenso número de refugiados surgido como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial llevó a la creación, en agosto de 1946, de la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), como una agencia especializada de las Naciones Unidas. Su actuación estuvo sometida a polémica, al excluir a las “personas de origen étnico alemán”, que habían sido expulsadas o que serían expulsadas de los países en los que habían nacido, hacia la Alemania de la posguerra. Al pertenecer al pueblo vencido en la contienda, este organismo se desentendió de ellos, al considerarlos como individuos sobre los que no se debía preocupar la OIR, con lo que dejó sin ninguna atención a un número de refugiados que, sobrepasaba en cantidad, a todos los demás desplazados del conjunto de países europeos. Sin olvidar la controvertida decisión de no colaborar con los refugiados, que se encontrasen en aquellos territorios que estaban militarmente ocupados por las tropas de la Unión Soviética, país con el que los aliados habían tenido grandes desavenencias.

Quizá esto explica la razón por la que la OIR fue la única agencia especializada de las Naciones Unidas, extinta, que en el año 1952 había

¹² Wyman, D (ed) (1990). *America and the Holocaust, T. 3. The Mock Recue Conference: Bermuda*. New York: Garland, pp. V-VI. Véase también: Power, S. (2005). *Problema infernal: Estados Unidos en la era del genocidio*. México: Fondo de Cultura Económica. (Premio Pulitzer 2003).

sido reemplazada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que finalmente responde al mandato del art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), para proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos, a la vez que promueve soluciones que se puedan mantener el tiempo, a través del reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida¹³.

2. El Derecho internacional y el reconocimiento del derecho a buscar asilo

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), proclamada solemnemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, ha supuesto un avance sin parangón en el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales en el ámbito del Derecho internacional. Es verdad que no existe un Tratado internacional que recoja un derecho de asilo¹⁴, pero se incluyó, en el art. 14 DUDH, el supuesto de que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país, ha representado un hito importantísimo en materia de derechos humanos.

En la versión original de este precepto, en el borrador preparado por la Comisión de Derecho Humanos en 1947, se hacía referencia al derecho a “obtener asilo”, pero su modificación posterior se refirió únicamente a la “búsqueda del asilo”¹⁵. No obstante, debe considerarse que dicha búsqueda de asilo incluye el derecho a solicitarlo, si bien los Estados pueden exigir visado para la entrada en el país

¹³ Este organismo tiene su sede en Ginebra, Suiza, y cuenta con más de 250 oficinas repartidas por todo el mundo estimándose que, hasta principios del siglo XXI, ha podido proporcionar asistencia a más de 111 millones de refugiados y desplazados. *Cfr.* <http://www.acnur.org/que-hace/asistencia/>

¹⁴ Fernández Arribas, G., Halcón Lerdo de Tejada, G., Serrano López, I. (2016). “La crisis de los refugiados en Europa y el derecho a solicitar asilo”. En Becerril Atienza, B (et al.). *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 55.

¹⁵ Schnyder, F. (1965). “Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés”, *Recueil des Cours*, vol. 11.4, p. 380.

o también imponer sanciones para denegar el acceso a los procedimientos de asilo¹⁶.

Por tanto, el derecho a la búsqueda de asilo se encuentra recogido en el ámbito del Derecho internacional, en relación a uno de los más importantes de los derechos humanos, que permite a cualquier persona solicitar asilo, fuera de su país de origen, en caso de persecución, aunque el párrafo segundo de este mismo artículo no permite que se invoque “contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

De esta forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al referirse a la búsqueda de asilo, se puede considerar como el fundamento de las normas internacionales en esta temática, pues diferentes Tratados y otros instrumentos internacionales han tomado como referencia el art. 14 DUDH.

En nuestra opinión, ha sido una ocasión desaprovechada que en otros documentos e instrumentos internacionales no se haya recogido la posibilidad, para los Estados, de asilar a los peticionarios. Es el caso de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, más conocida como la Convención de Ginebra, y en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, que define a éstos como toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.

No obstante, el Estatuto de los Refugiados de 1951 supone un claro avance, pues recoge, en su art. 33, la prohibición de expulsión y de devolución conocido como “*refoulement*”, según el cual ningún Estado signatario de este instrumento puede, por expulsión o devolución, “poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

La excepción se produce, según el mismo precepto, cuando el refugiado solicitante sea considerado, por razones fundadas, “como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

¹⁶ Fernández Arribas... Op., cit, p. 56.

En cualquier caso, como dice López Garrido, el Estado puede decidir admitir o no a un solicitante, pero esa decisión es indisociable del *non refoulement*, por lo que no se puede reconducir hacia la frontera, de forma sumaria, a los que han entrado de forma ilegal o no poseen la documentación válida, puesto que tienen derecho a que se tramite su solicitud, y a que el procedimiento de resolución tenga las suficientes garantías¹⁷.

El principio de no devolución se ha recogido en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 3), en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 45 par. 4), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 7), en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 (art. 8), en la Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social sobre los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 5), en la Convención Europea de salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 3), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22), en la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969, que en su art. 2 par. 3 declara que “ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas”, y en la Declaración de El Cairo sobre la protección de los refugiados y los desplazados internos en el mundo árabe (art. 2).

En España, la reforma de la admisión provisional de entrada en el territorio del Estado, subordinándose a la admisión a trámite de la petición de asilo, por el criterio de permanencia en la frontera, mientras se resuelve éste, a pesar de no ir en contra del principio de no devolución originó un interesante debate jurídico, sobre el que se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 53/2002, de 27 de febrero de 2002, que resolvía el Recurso de inconstitucionalidad, promovido por el

¹⁷ López Garrido, D (1991). *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta, p. 168.

Defensor del Pueblo, contra el apartado 8 del artículo único, de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que había modificado un precepto de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984 (LDA). Este recurso se presentaba ante una supuesta vulneración del derecho a la libertad personal, consagrado en el art. 17 CE, y de la reserva de ley orgánica que implicaría su relación con este precepto, ante la permanencia en la frontera de quienes piden asilo, mientras se inicia el procedimiento de su solicitud¹⁸.

En efecto, la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984 (LDA), antes de su reforma, facilitaba la entrada provisional del peticionario de asilo, que careciese de la pertinente documentación en España, mientras se resolvía su petición (art. 4.2), sin perjuicio de que la autoridad competente pudiese fijar una residencia obligatoria. Sin embargo, el art. 5.1 LDA le aseguraba que no podía ser expulsado del Estado, antes de que se hubiese producido una decisión definitiva sobre su petición. Por tanto, se suspendía ésta durante su tramitación, mientras no se hubiese producido una decisión relativa a su extradición.

Frente a este cambio normativo, el Defensor del Pueblo consideraba que la modificación de 1994 de la LDA había alterado por completo ese régimen jurídico del peticionario de asilo, pues se había suprimido el carácter automático de su admisión provisional en el territorio del Estado, subordinándose a la admisión a trámite de su petición, con arreglo a la nueva redacción que del art. 4.2 LDA ha realizado la Ley 9/1994. No obstante, el art. 5.1 LDA, que no ha sido modificado por la Ley 9/1994, sigue prohibiendo el rechazo del extranjero en la frontera o su expulsión, mientras que se haya resuelto sobre la admisión de su petición.

Por tanto, el nuevo art. 5.7 LDA, apartado introducido por la Ley 9/1994, e impugnado en el recurso de inconstitucionalidad fija que la resolución sobre la admisibilidad de la petición se hará y notificará en el plazo máximo de 4 días, desde su presentación, y también que se

¹⁸ El texto controvertido de la reforma aludida es el siguiente: “durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello”.

pueda pedir el reexamen de la resolución denegatoria de la admisión de la petición, lo que suspende la ejecutividad de la resolución anterior. Este reexamen se debe resolver en un plazo de dos días, por el Ministro competente, y en el caso de que transcurran ambos plazos, sin que se aporte una resolución expresa, entonces se puede proceder a la autorización de entrada del solicitante en España.

Por eso, para el Defensor del Pueblo se empeora el régimen aplicable, pues ya no se vincula la entrada automática en España, del peticionario de asilo, a su solicitud de asilo, sino a la admisión de su petición, a lo que hay que añadir que después de la reforma de 1994, durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud, y de reexamen, el solicitante tiene que permanecer en el puesto fronterizo, lo que limita su libertad de movimientos. (art. 5.7 LDA en la redacción dada por el apartado 8 de la Ley 9/1994).

El Tribunal Constitucional, en el Fundamento jurídico número 14 de la mencionada Sentencia, entiende que la Ley 5/1984, de 26 de marzo, responde a un mandato expreso de regulación contenida en el art. 13.4 CE, que no exige que se tramite y apruebe como orgánica, pues este precepto remite a la Ley ordinaria la regulación de los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

Por otro lado, el Tribunal se manifiesta contrario a la opinión de que el art. 5.7.3 LDA contenga “restricciones directas” del derecho fundamental enunciado en el art. 17.1 CE, sino que las califica de “restricciones singulares” sobre el modo, tiempo y lugar en que determinados extranjeros, que intentan asilarse en España, gozan de la libertad personal que reconoce la Constitución.

Esto es debido a que para el Tribunal Constitucional “el art. 18 LDA reconoce a los ya asilados el pleno disfrute del derecho a la libertad, sin más restricciones que las posibles “medidas cautelares” previstas en el art. 18.2 LDA, y lo mismo se puede concluir —conforme a los arts. 4.2 y 5.1 LDA— en relación con los extranjeros cuya solicitud de asilo ya ha sido admitida a trámite (de forma expresa o por silencio administrativo)”. Por esta razón, afirma que “el art. 5.7.3 LDA ni desarrolla ni regula de forma directa y general el derecho a la libertad personal de los extranjeros; ni siquiera el derecho a la libertad de un grupo concreto de extranjeros (los solicitantes de asilo en frontera)”.

En cualquier caso, la STC 53/2002 considera válidas las limitaciones temporales y espaciales del art. 5.7.3 LDA a los extranjeros que se encuentran en una situación provisional de espera, que introduce la reforma de esta Ley. El cómputo de dicha restricción de la libertad de movimientos, en relación a su petición de entrada en España, será por un máximo de cuatro días, que se puede incrementar en dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen. Es verdad que no se le impide al solicitante que retorne a su lugar de procedencia o que decida continuar su viaje, hacia un tercer Estado, que pueda tener un régimen distinto de entrada, lo que no evita que si desea entrar en España deba permanecer en el puesto fronterizo, y esto supone una evidente limitación a su pretensión de libre entrada en el país.

A pesar de eso, el Tribunal entiende que el caso analizado implica unas “modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal”.

La argumentación para dicha afirmación viene para el Tribunal de la regulación contenida en el art. 5.7.3. LDA que, en su opinión, “no constituye un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal, ni las restricciones que establece suponen una limitación esencial de aquella libertad personal, que son los supuestos en que —de acuerdo con el art. 81.1 CE— se exige reserva de ley orgánica”. Por eso, se considera que no es exigible la aprobación de este precepto, según las exigencias procedimentales propias de la ley orgánica.

Por último, el Tribunal considera que la restricción a la libertad del art. 5.7.3 LDA sirve para asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España, pero que no pone “en riesgo la vida o la integridad de quien se dice perseguido, de acuerdo con lo que establece el Derecho internacional de los derechos humanos” (F. J. 9).

Por otro lado, considera que la limitación a la libertad, contemplada en el art. 5.7.3 LDA, es ponderada. En primer lugar, por ser una restricción cierta, luego por ser una restricción claramente limitada, que se centra en los sujetos afectados, que son los extranjeros peticionarios de asilo cuya solicitud aún no ha sido admitida a trámite, también por tener una duración concreta, de un máximo de cuatro días, y dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero

por medio de una petición de reexamen. Sin olvidar que no se impide el retorno del extranjero a su lugar de procedencia o su entrada en otro Estado, mientras que dicha limitación no supone la imposición, para el Tribunal, de un régimen penitenciario o disciplinario. Por último, la considera una limitación a la libertad plenamente controlada, tanto en su forma administrativa, pues el art. 5.7.1 LDA prevé una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, como judicial.

Estas son las principales razones que llevan al Tribunal Constitucional a desestimar el Recurso de inconstitucionalidad, lo que no evita que se presenten varios votos particulares, que matizan o disienten de la interpretación adoptada por la mayoría.

Volviendo a los Tratados y a otros instrumentos internacionales, que han recogido la conceptualización empleada en el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, podemos apreciarlo, por ejemplo, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, donde se aprobó La Declaración y el Programa de Acción de Viena, encaminada a lograr la observancia de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹.

Por otro lado, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su art. XXVII, se reconoce el derecho de toda persona para buscar y recibir asilo en territorio extranjero, cuando se produce una persecución que no sea motivada por delitos de Derecho común, siempre de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Esta redacción es parecida a la del art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, si bien con la alusión expresa a la persecución por delitos políticos, pero también por aquellos delitos comunes que estén relacionados o sean “conexos con los políticos de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

¹⁹ En su art. 23, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena quiso reafirmar el derecho de toda persona en caso de persecución, sin distinción alguna, a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países, además de poder regresar a su propio país. En el mismo precepto se destaca la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo de 1967 y los instrumentos regionales.

En el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, en el art. 18 garantiza el derecho de asilo, pero “dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

También resulta similar lo recogido en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, promulgada en 1981 y que entró en vigor en 1986, cuando en el art. 12.3 habla del derecho de todo individuo “cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales”.

Por tanto, resulta un requisito común a todos estos Tratados e instrumentos internacionales la protección a las personas, que huyen por alguna razón por la que se sienten perseguidos, siendo frecuente la alusión al principio de no devolución, que está reconocido en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que prohíbe situar al refugiado, bien por expulsión o por devolución, en la frontera de un territorio en el que su vida o libertad se encuentra en peligro debido a causa de su raza, religión, nacionalidad o cualquier otra circunstancia.

Lo importante es, por tanto, que los solicitantes que se encuentran en esta situación puedan contar con un procedimiento justo y efectivo para la toma en consideración de su petición pero, sobre todo, que mientras dura su tramitación de asilo y el Estado resuelve sobre su situación, la persona goce del derecho a no ser devuelto al país en el que su vida, libertad o seguridad se encuentran en riesgo o peligro.

De esta forma, podemos señalar la importancia que confieren los distintos Tratados e instrumentos internacionales al derecho que tenemos todos los ciudadanos a permanecer en el país del cual somos nacionales, y también el derecho de solicitar asilo en otro país, en caso de persecución, por las razones aludidas.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 dispone que nadie puede ser expulsado del territorio del Estado, del que es un ciudadano nacional, a la vez que reconoce el derecho de toda persona a no ser desplazado, y también el derecho a desplazarse libremente y elegir el lugar en el que desea residir.

El derecho de buscar y obtener asilo se encuentra relacionado, de esta forma, con el derecho de salir de cualquier país, lo que incluye aquel del que es originario, aunque no se trata de un derecho absoluto, puesto que podrían existir restricciones y limitaciones legales, encaminadas a prevenir posibles infracciones penales, incluyendo, aquellas que derivan de motivos de seguridad nacional o de mero orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, siempre que respondan a criterios de legalidad y sean razonables.

En cualquier caso, como ya hemos dicho, ni los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, no cuentan con ningún precepto que regule el derecho de asilo, aunque ambos recogen el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se esfuerzan por intentar conferir una forma jurídica vinculante a dicha declaración. Algo parecido se podría decir de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por eso llegamos a la conclusión de reconocer que, aunque en el Derecho internacional no contamos con una definición completa del derecho de asilo, no obstante, este concepto está, en nuestra opinión, de alguna forma presente, bien por alusión directa al art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o porque se pueda inferir que se refiere a la necesidad de contar con una protección jurídica hacia los refugiados, que puedan solicitar asilo en su territorio.

En cualquier caso, encontramos en varios de estos instrumentos la idea del derecho de asilo, al menos, como una protección básica por la que los refugiados no deben ser expulsados o devueltos a países en los que su vida o su libertad se encuentren amenazadas. El principio de *non refoulement* les permite un período temporal de permanencia en el país, en el que han solicitado el asilo hasta que su caso pueda ser valorado, con las suficientes garantías, aunque este proceso no implica que exista una obligación de dicho país de resolver en su favor, en el caso de no reunir las exigencias requeridas, lo que implicaría su expulsión.

3. Diferencias entre refugiado y asilo

El refugiado es aquella persona que, según lo recogido en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, tiene fundados

temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere acogerse a la protección de ese país, o regresar a él a causa de dichos temores.

Según la Convención de la OUA, que se ocupa de los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, en el Tratado regional, aprobado en 1969, que amplía la definición de la Convención de 1951, se trataría de toda persona que “debido a agresiones externas, ocupación, dominación extranjera u otros eventos que alteren gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del territorio del país de su origen o nacionalidad”, se vea obligada a huir del lugar donde habitualmente reside.

También resulta revelador el coloquio de representantes de los Gobiernos de América Latina y de eminentes juristas, que adoptó en 1984 la Declaración conocida como de Cartagena, que se refiere a las personas que han huido de sus países “porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

Según Ortega Giménez²⁰ dentro del concepto de refugiado se pueden hacer las siguientes distinciones:

- a) El refugiado según el mandato del ACNUR: que es aquella persona que cumple con los criterios del Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, sin tener en cuenta si se encuentra o no en un Estado, que sea parte de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 o del Protocolo sobre el Estatuto de Refugiado de 1967, o si ha sido o no reconocido por el país de destino como huésped o refugiado, bajo la forma de alguno de estos dos instrumentos.
- b) El refugiado reconocido: que es aquel que tiene “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacio-

²⁰ Ortega Giménez, A. “¿Qué diferencias existen entre refugiados e inmigrantes?”, en Becerril Atienza, B (et al.) (2016). *Migración y asilo...* Op., cit, p. 100.

nalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (art. 1. A. 2) de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, modificado por el Protocolo de 1967.

- c) El refugiado de facto: que son aquellas personas que no son reconocidas según se define en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967, y los que no pueden o no quieren por razones válidas regresar al país de su nacionalidad o aquel en el que tienen su residencia habitual, cuando no tienen una nacionalidad. Su consideración es similar a la de desplazados externos, que se pueden definir como las personas que han tenido que abandonar su país por razones de persecución, violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos, conflictos armados y otras situaciones de esa naturaleza. Por tanto, comparten una característica común de ser individuos que pueden huir, frecuentemente, en masas o grandes aglomeraciones humanas.
- d) El refugiado en tránsito: que son aquellos que se admiten temporalmente en el territorio de un Estado, pero que se presupone su deseo de dirigirse hacia otro país.
- e) El refugiado en el sitio: que no tienen la consideración de refugiado cuando se desplaza de su país de origen, pero que posteriormente, ante un temor fundado de persecución, se convierten en refugiados en una fecha ulterior. El ejemplo típico puede ser aquellos que se encuentran en el extranjero, cuando se produce un golpe de Estado en su país o cuando se producen políticas de persecución y de represión en el mismo, que les pueden afectar en caso de retorno. También se pueden encontrar peticiones de este tipo cuando se realizan actividades políticas ilícitas en el país de residencia o de refugio.
- f) El refugiado itinerante: son aquellos que sin ser regresados directamente al país en el que pueden tener una persecución, sin embargo, se les deniega el asilo o ni siquiera encuentran un Estado que se ofrezca a examinar su solicitud, lo que les supone una búsqueda permanente de asilo en diferentes países.

En cuanto a la dicotomía que se operaba en algunos países, entre el concepto de refugiado y el de asilo, en España y en otros ordenamientos se ha ido produciendo lo que Santolaya Machetti califica de “convergencia”, pues partiendo de la calificación de refugiado, como un individuo que cumple con los requisitos que se expresan en la Convención de Ginebra, para considerar que dicha persona sufre persecución, se puede pasar a la noción de asilo, que es la que tiene la persona que, precisamente, por encontrarse perseguido solicita y recibe la protección de un determinado país, según los procedimientos, “en los términos y con el alcance fijados por su normativa interna, reglas que en todo caso ha de respetar el estatuto mínimo de la Convención”²¹.

Partiendo de estos requisitos define asilo como “la obligación jurídica y jurídicamente controlable de otorgar protección territorial a quien lo solicita en un país determinado reuniendo las condiciones de la Convención de Ginebra”²².

Por tanto, según este autor, se podría distinguir entre el “refugio”, inserto en las características que le otorga el Derecho internacional, cuyo contenido fundamental es el *non refoulemnt* y, por otro lado, el derecho de asilo, como derecho a otorgar protección territorial a las personas que sufren persecución²³.

El problema es que el Derecho internacional no contiene una definición del término “asilo”, aunque esto no significa que los diferentes Estados no hayan previsto distintas formas de protección, para responder a las particularidades en las que se pueden encontrar los refugiados, que se encuentren o quieran acceder a su territorio.

De esta forma, en algunos Estados dicha protección puede resultar más amplia y completa, de lo que se recogió en la Convención de 1951. En cualquier caso, resulta una concepción común hablar de una protección básica, según la cual el refugiado no puede, por expulsión o devolución, ser puesto en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad se encuentren amenazadas, por lo menos, durante un período temporal en el que pueda estar en un Estado de acogida, hasta que pueda encontrarse una solución, tanto fuera como dentro de

²¹ Santolaya Machetti, P (Ed.) (2001). *El derecho de asilo...* p. 34.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, p. 33.

ese país. No olvidemos que, como se reconoce en la Convención de la OUA, la Declaración de Cartagena y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el asilo territorial, el otorgamiento de asilo es un acto pacífico y humanitario.

Por eso, se ha caracterizado doctrinalmente el refugio como una obligación internacional, para el conjunto de los países que han suscrito la Convención de Ginebra, mientras que se ha ligado el asilo en términos de voluntad del Estado, que viene a ser una específica aplicación en su territorio correspondiente de dicha obligación²⁴.

4. El derecho de asilo y la protección subsidiaria en la legislación española

En España el derecho de asilo está recogido en el art. 13. 4 CE, que remite a la ley para regular los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden gozar del derecho de asilo en nuestro país.

Además, otro principio básico en España es la de ordenar la extradición, cuando se produce en el marco del cumplimiento de un Tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad, mientras que se excluye de la extradición los delitos políticos, y no se pueden considerar como tales los actos de terrorismo.

La legislación dictada para regular el derecho de asilo, así como la condición de refugiado fue la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que se basaba en los siguientes postulados:

- La concesión del asilo se perfilaba como una competencia del Gobierno.
- Con la petición de asilo se conseguía la admisión provisional del extranjero.
- Los procesos de extradición pendientes del interesado se suspendían con la petición de asilo.
- El asilo se podía extender a los familiares, incluidos los ascendientes.

²⁴ Yañez Velasco, R. (2002). *Refugio y asilo. Concepto y problemas jurídicos*. Barcelona: Atelier.

- Con el reconocimiento de asilado se conseguía el derecho de residencia, permiso de trabajo y expedición de documento de identidad.
- Se podía revocar la condición de asilado, por causas tasadas legalmente, como por actividades graves contra la seguridad del Estado.
- Se podían recurrir todas las decisiones ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta normativa ha sido derogada por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LDAPS), que se aplica a las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas (art. 1).

En el Derecho español la condición de refugiado viene definida, legalmente, en el art. 3 de la Ley 12/2009 LDAPS, y se aplica “a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, que está del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de ese país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él”, siempre que no se encuentre en alguna de las causas de exclusión (art. 8) o de las causas de denegación o revocación (art 9) de su solicitud.

Precisamente, la condición de refugiado sirve para solicitar el derecho de asilo, conceptualizado en el art. 2 de dicha norma, como “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”.

Por otro lado, la Ley 12/2009 LDAPS incorpora a esta materia la noción de la protección subsidiaria, en su art. 4, como aquella que es dispensada “a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si

regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate”, siempre que no hayan cometido un delito grave de los enumerados en el art. 11 o que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que en virtud de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad (art. 12).

Lo más destacado de la Ley 12/2009 LDAPS es que responde a la normativa comunitaria dictada sobre la materia. De esta forma, resulta respetuosa con la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas, como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y al contenido de la protección concedida; también respeta la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y con el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

Por otro lado, esta transposición de la legislación de la Unión Europea supone la acogida en nuestro ordenamiento de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, recogida en las Conclusiones de Tampere de 1999 y ratificada en el Programa de La Haya de 2004, en las que se han fijado las bases para la constitución de un completo régimen de protección internacional garante de los derechos fundamentales, tomando como punto de partida la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el estatuto de los refugiados, considerados ambos como fundamentos del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas. De esta forma, se explica la posibilidad de que en algunos supuestos pueda intervenir el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y, además, se incluya una habilitación al Gobierno de España, para que lleve a cabo programas de reasentamiento en colaboración con el ACNUR y, en su caso, con otras Organizaciones Internacionales relevantes, en solidaridad

con la Comunidad Internacional, dirigido a la búsqueda de soluciones para los refugiados.

Resulta relevante destacar que la nueva Ley busca su adaptación a los criterios de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales españoles en materia de asilo²⁵. Además, incorpora una serie de actos normativos de la Unión Europea y las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina internacional y en la jurisprudencia de los órganos supranacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶.

La nueva Ley 12/2009 LDAPS también incorpora aspectos relevantes, en relación con la anterior legislación sobre la materia. De esta forma, en la exposición de motivos de esta norma se afirma, que la antigua Ley 5/1984 configuraba disposiciones que, con el transcurso del tiempo, habían terminado por perder eficacia, mientras que no contemplaba “cuestiones que en la actualidad son esenciales e insoslayables en el ámbito de la protección internacional”.

²⁵ En el Tribunal Constitucional véase STC 12/1994, de 17 de enero, solicitud de petición de asilo y/o refugio; STC 179/2000, de 26 de junio, ejecución de su rechazo en frontera que conlleva el acto administrativo por el que se le denegó su petición de asilo; STC 95/2003, de 22 de mayo, derecho justicia gratuita para extranjeros; STC 53/2002, de 27 de febrero; STC 72/2005, de 4 de abril, denegación de la entrada en el territorio nacional; STC 142/2010, de 21 de diciembre de 2010 (Sala Segunda). Recurso de amparo. Dilaciones indebidas. En el Tribunal Supremo: STS (Sala 3ª. Sección 3ª) de 23 de febrero de 2015. El TS reconoce el derecho de asilo a Alexander Pavlov; STS (Sala 3ª. Sección 3ª) de 27 de noviembre de 2014. Asilo en frontera; STS (Sala 3ª. Sección 3ª) de 24 de junio de 2013. Derecho de asilo y protección subsidiaria. Inadecuación del procedimiento del artículo 21.2.b. En la Audiencia Nacional: Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª) de 1 de junio de 2015-Apatrida Polisario; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª) de 16 de abril de 2015-Alto Cargo Georgia; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª) de 5 de febrero de 2015. Declara improcedente el archivo del expediente de asilo de nacional de Costa de Marfil; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª) de 16 de octubre de 2014; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª), de 17 de julio de 2014. Anula la resolución del Ministerio del Interior que denegó el asilo al kazajo Alexander Pavlov. En TSJS: Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª). Sede Burgos de 17 de julio de 2015. Confirma suspensión de la expulsión por ser solicitante de protección internacional.

²⁶ Véase las siguientes Sentencias del TEDH: Amuur c. Francia, nº19776/92, de 25 de junio de 1996, Quinn c. Francia, demanda nº 18580/91, de 22 de febrero de 1995, Dougoz c. Grecia, nº 40907/98, de 6 de marzo de 2001, Conka c. Bélgica, de 5 de febrero de 2002, Hirsi Jamaa y otros c. Italia, de 23 de febrero de 2012, De Souza Ribeiro c. Francia Sentencia de Gran Sala, de 13 de diciembre de 2012, Khlaifia y otros c. Italia, de 1 de septiembre de 2015.

Entre los elementos más importantes de la nueva Ley 12/2009 LDAPS señalamos los siguientes:

En primer lugar, se parte de la equiparación de los dos estatutos jurídicos, de refugiado y de protección subsidiaria, incrementando, de esa forma, el nivel de protección internacional.

También responde al concepto de protección subsidiaria, que se encuentra prevista en la normativa comunitaria, especialmente, entre otras disposiciones, en la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, que establece normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas, como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional²⁷.

Permite también una mayor distinción entre el ámbito del asilo y el de la extranjería, delimitando el asilo para que no se utilice de forma fraudulenta por los inmigrantes económicos.

Además, la Ley incorpora un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar, que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria, que se encuentra amparado en las previsiones de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

En cuanto al procedimiento se introducen previsiones normativas, que mejoran las garantías procedimentales, en el examen de las correspondientes solicitudes. También se generalizan las garantías contencioso-administrativas de carácter judicial, como son las medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya utilización en la práctica es actualmente incipiente y casuística, y se prevé la intervención del ACNUR, como una garantía más del justo funcionamiento del sistema.

La Ley 12/2009 LDAPS regula también las figuras de la revocación y el cese de la protección internacional, recogiendo las causas que motivan cada una de dichas decisiones administrativas, en relación a las personas beneficiarias del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria.

²⁷ La protección subsidiaria es un tipo de protección internacional, que se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento, de forma explícita, para mejorar la actual regulación que sobre esta protección se ha venido aplicando, sobre la base de unas genéricas previsiones de protección humanitaria, que ahora se incorporan a la nueva Ley.

De esta forma, la norma se adecúa a las nuevas exigencias derivadas de los más recientes actos jurídicos de la Unión Europea, que prevén medidas para evitar que los que puedan suponer un peligro para la seguridad del Estado, el orden público o que realicen conductas incompatibles con el estatuto de protección internacional se puedan beneficiar de ésta.

El último Título de la legislación de asilo y protección subsidiaria está dedicado a los menores y a otras personas vulnerables, que se encuentran necesitados de cualquiera de las dos modalidades de protección internacional que regula la Ley. La inclusión de este tratamiento y la protección que en él se otorga a dichas personas supone otra novedad que, según la exposición de motivos, “viene a subsanar la falta de referencias explícitas a ellas, en especial a los menores, y más en concreto a los no acompañados, en nuestra legislación de asilo”. Además, se avanza en evitar discriminaciones por razón de género o que afecten a personas con discapacidad, personas mayores y otras en situación de precariedad. Por tanto, entre los actos que pueden ser objeto de persecución incluye, en su art. 6. 2 a) aquellos derivados de la violencia física o psíquica, pero también los que tengan un componente de violencia sexual.

En este sentido, el género puede ser una de las razones por las cuales las mujeres pueden tener un temor fundado a ser perseguidas, por ejemplo, cuando hay una supuesta transgresión de las normas sociales, religiosas o políticas, que precisamente son discriminatorias cuando establecen normas contrarias a la dignidad de la mujer, se produce violencia por el hecho de ser mujeres o se vulneran sus derechos fundamentales²⁸.

5. Las principales aportaciones de la Ley 12/2009 LDAPS en cuanto a la admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional.

Los efectos de la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según el caso

²⁸ La Spina, E; Merino i Sancho, V. L (2012). *Limitando derechos: la reagrupación familiar y el asilo por violencia de género*. Cuadernos de la Cátedra de democracia y Derechos Humanos. Madrid: Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, p. 151.

que corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron²⁹.

No obstante, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y con su normativa de desarrollo³⁰, se podrá autorizar la estancia o residencia del interesado en España cuando la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en dicha situación o por razones humanitarias.

Además, según el art. 20.2 LDAPS cuando no se admite a trámite, en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la presentación de la solicitud, y no se ha notificado la resolución a la persona interesada, entonces los efectos son los de considerar admitida a trámite la solicitud y la permanencia provisional en territorio español, “sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del procedimiento”, mientras que la no admisión a trámite conllevará los mismos efectos que la denegación de la solicitud.

En cuanto a los efectos de la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria, implican el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, y en la normativa vigente española en materia de extranjería e inmigración, además de los que se recogen en la normativa de la Unión Europea.

Según el art. 36. LDAPS los efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria son los siguientes:

²⁹ Según el art. 20 de la Ley 12/2009 LDAPS no se admitirán las solicitudes presentadas dentro del territorio español cuando no corresponda a España su examen, con arreglo al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

³⁰ Vid. Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida; Texto consolidado del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (modificado por RD 865/2001, de 20 de julio, y por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre).

- a) La protección contra la devolución en los términos establecidos en los Tratados internacionales que ha firmado España³¹.
- b) El acceso a la información sobre los derechos y obligaciones que estén relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que pueda entender la persona a la que se ha otorgado la protección³².
- c) La autorización de residencia y trabajo permanente, según establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³³.
- d) La expedición de documentos de identidad³⁴ y viaje a los que sean reconocidos como refugiados y, cuando sea necesario, también para los que se beneficien de la protección subsidiaria³⁵.
- e) El acceso a los servicios públicos de empleo.
- f) El acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género³⁶. En su caso, también a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles.
- g) El acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional, y al trabajo en prácticas³⁷, de la misma forma que a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales, y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero.

³¹ Véase los siguientes artículos de la LDAPS: 5, 18 d), 19.1, 20 c) d), 37 y 44.4.

³² Según el art. 17.3 LDAPS en el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca del procedimiento que debe seguirse, sus derechos y obligaciones, la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con ONG, las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades, y los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

³³ Véase los siguientes artículos de la LDAPS: 32, 41.3 y disposición adicional tercera sobre Formación.

³⁴ Cfr. Art. 210. La Tarjeta de Identidad de Extranjero del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

³⁵ Cfr., art. 18 b) LDAPS.

³⁶ Cfr., art. 40 b) LDAPS.

³⁷ Cfr., art. 11.1 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

- h) La libertad de circulación³⁸.
- i) El acceso a los programas de integración con carácter general o específico³⁹.
- j) El acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan constituir⁴⁰.
- k) El mantenimiento de la unidad familiar, en los términos previstos en la LDAPS y el acceso a los programas de apoyo que se puedan instaurar⁴¹.

En cualquier caso, para facilitar la integración de las personas con estatuto de protección internacional, se instaurarán los programas necesarios, encaminados a lograr una mayor igualdad de oportunidades, siempre con el criterio de no discriminación en su acceso a los servicios generales.

Además, las personas que hayan obtenido el estatuto de protección internacional pueden beneficiarse de los programas o prestaciones utilizados antes de la concesión del estatuto, cuando así se requiera, con la condición de someterse al régimen previsto, para tales programas y prestaciones, fijado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

No obstante, cuando se produzcan casos específicos, por dificultades sociales o económicas, las Administraciones Públicas están autorizadas para poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales,

³⁸ *Cfr.* art. 19 CE.

³⁹ Véanse los Programas de acogida integral para la atención de las necesidades básicas y de apoyo a la inserción de personas inmigrantes.

⁴⁰ Como el Programa de retorno voluntario de atención social dirigido a inmigrantes extracomunitarios, que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, contrastable a través de los Servicios Sociales de su zona de residencia o ONG especializada. También el Programa de retorno voluntario productivo que se dirige a inmigrantes extracomunitarios no sujetos a la obligación de retornar, que deseen emprender un proyecto empresarial asociado al retorno. Además, existe el Programa de ayudas complementarias al abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros extracomunitarios, que retornen voluntariamente a sus países de procedencia (APRE).

⁴¹ Según el art. 39. LDAPS se garantizará el mantenimiento de la familia de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria cuando, durante la tramitación de una solicitud de protección internacional, los miembros de la familia de la persona interesada se encontrasen también en España, y no hubiesen presentado una solicitud independiente de protección internacional. En ese caso, se les autorizará la residencia en España, con carácter provisional, condicionada a la resolución de la solicitud de protección internacional y en los términos que reglamentariamente se determinen.

y servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia.

6. Conclusiones y especial valoración del sistema español de asilo

De forma breve vamos a recoger las principales conclusiones, sobre nuestro estudio del derecho de asilo y protección subsidiaria, en los siguientes párrafos ordenados y numerados:

1. Las personas que huyen de persecuciones y de violaciones de derechos humanos, en todo el mundo, tienen derecho a solicitar asilo como un derecho humano universal en un país seguro. Desde el punto de vista internacional se ha comprendido y protegido, desde muy antiguo, este problema y se han facilitado lugares de refugio y procedimientos para pedir protección, con los que se podía invocar la inmunidad o ponerse a salvo frente a persecuciones encarnizadas y, posteriormente, según avanza el tiempo, la comunidad internacional ha pedido a los Estados una previsión de normativa, y la existencia de procedimientos que no se dilatasen, y fuesen eficientes y justos, para la determinación de la concesión del estatuto de refugiado y del derecho de asilo.
2. Los distintos Tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales no han definido el derecho de asilo, si bien existe un importante referente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), al apelar a la búsqueda de asilo, que se puede considerar como el fundamento de las normas internacionales en esta temática, pues diferentes Tratados y otros instrumentos internacionales han tomado como referencia el art. 14 DUDH. Además, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, más conocida como la Convención de Ginebra, instituye un Estatuto de los Refugiados, en el que sobresale el principio de prohibición de expulsión y de devolución, conocido como “*refoulement*”, según el cual ningún Estado signatario de ese instrumento puede, por estos motivos, poner a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre,

- por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.
3. En España, la normativa específica sobre asilo y protección subsidiaria ha establecido un procedimiento para el examen y trámite de las solicitudes de asilo. La Ley 12/2009 reguladora de asilo y de la protección subsidiaria (LDAPS) responde a una incorporación de la normativa de la Unión Europea correspondiente a esta materia, que ha supuesto una novedad con respecto a la anterior legislación española, que no estaba adaptada a estos instrumentos, y ha intentado aportar transparencia y seguridad jurídica, fijando una serie de consecuencias jurídicas, tanto para la admisión a trámite, como para la denegación de las solicitudes de protección internacional.
 4. La nueva legislación española, materializada en la Ley 12/2009, se inserta, por tanto, en el contexto de otros ordenamientos nacionales, para integrar tanto el Derecho internacional correspondiente, como el Derecho de la Unión Europea. Tanto en uno como en otro caso, las normas especializadas se encaminan a buscar la participación o la obligación para los Estados, de respuesta jurídica al derecho de asilo y protección subsidiaria.
 5. Por tanto, la legislación española, de la Ley 12/2009, se tiene que adaptar al marco establecido por la normativa comunitaria, especialmente, la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, que supone una serie de obligaciones para los Estados miembros de la Unión Europea, en cuanto a los procedimientos de acogida de todas las personas que soliciten protección internacional en su territorio, mientras que dura la tramitación del procedimiento de asilo, para que sus derechos queden garantizados. Esta Directiva impone también a los Estados miembros que implementen los programas de integración, que consideren oportunos, para cubrir las necesidades específicas de las personas beneficiarias del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria.
 6. Sin embargo, la Organización no Gubernamental, Amnistía Internacional, en un libro titulado: El asilo en España: un sistema

de acogida poco acogedor⁴², publicado en 2016, ha denunciado que, durante los años 2014 y 2015, el aumento de llegadas de personas refugiadas a España ha puesto de relieve “la inexistencia de un sistema de acogida para personas refugiadas que cumpla con todas las obligaciones que emanan de las directivas europeas y de los estándares internacionales de derechos humanos”. Según esta organización “a pesar de que España es uno de los países con las cifras de solicitudes de asilo más bajas dentro de la UE, en 2015 la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) mantuvo listas de espera de varios meses para realizar la primera entrevista de asilo. Mientras, no se proporcionaba ni siquiera una primera acogida en condiciones de dignidad a las personas que llegaban”⁴³.

7. Por estas y otras causas, Amnistía Internacional considera que el modelo español de acogida a personas solicitantes de asilo es inadecuado, pues el incremento en la llegada de personas solicitantes de asilo ha revelado una falta de capacidad, para ofrecer una respuesta acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, lo cual se ha agravado como consecuencia de la crisis en Oriente Medio, principalmente por el conflicto en Siria, produciéndose en nuestro país un aumento de solicitudes de asilo, con un total de 14.785 solicitudes en 2015.
8. La última conclusión, nos lleva a mantener que no resulta aconsejable, en nuestra opinión, conformarse con el actual sistema normativo y con la aplicación de las políticas realizadas, sino que convendría su revisión y puesta al día, pues la afluencia masiva de personas solicitantes de protección en España, y también en otros países de Europa, demanda nuevas, más ágiles y eficientes normativas, y una visión más realista del problema, ante una catástrofe humanitaria de grandes proporciones, especialmente, cuando uno de los objetivos de la Unión Europea, manifestados

⁴² Amnistía Internacional. (2016). *El asilo en España: un sistema de acogida poco acogedor*. Madrid: Amnistía Internacional, p. 62. Disponible en:

https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI.exe/Un_sistema_de_acogida_poco_acogedor?CMD=VEROBJ&MLKOB=35286283535

⁴³ *Ibidem*.

en Estocolmo, ha sido precisamente el establecimiento de un “espacio común de protección y solidaridad, que se base en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional”⁴⁴.

⁴⁴ Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01). Diario Oficial de la Unión Europea. (4-5-2010).



TRABAJADORES MIGRANTES EN MÉXICO Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

DR. ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y
defensor de los Derechos Universitarios en la misma Universidad

Introducción: La migración, una tendencia exponencial.

1. Los derechos humanos laborales reconocidos internacionalmente.
2. La aparición de los derechos humanos laborales en la Ley Federal de Trabajo de 2012.
3. La legislación internacional en materia migratoria. El Sistema de universal de derechos humanos, los Convenios de la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
4. La legislación nacional en materia migratoria.
5. La LFT: del principio de trabajo decente a regulaciones contrarias a la igualdad y no discriminación.
6. La exigibilidad de los derechos humanos laborales en el plano internacional y nacional.
7. La necesaria efectividad de los derechos laborales de los migrantes.

Introducción: La migración, una tendencia exponencial

En 2013, el corredor México–Estados Unidos (sur-norte) representaba el principal flujo migratorio del mundo, con un tránsito de más de doce

millones de migrantes¹. En ese sentido, en México se han presentado las cuatro dimensiones de la migración siendo: 1) País de origen (mexicanos rumbo a Estados Unidos y Canadá); 2) País de destino (migrantes que deciden residir en México); 3) País de tránsito (de población centroamericana, sudamericana y la transnacional que se dirige a los Estados Unidos o Canadá); y 4) País de retorno (mexicanos y no mexicanos que voluntaria o involuntariamente regresan a México)².

El respeto de los derechos humanos laborales de los migrantes, independientemente de su calidad jurídica, es fundamental en la medida en que los flujos migratorios se mantengan e incrementen en los próximos años. De hecho, actualmente la OIT calcula que en el continente americano se encuentran el 27 por ciento del total de los trabajadores migrantes del mundo y que su número crece rápidamente. De 25,1 millones en América del Norte y 3,2 millones en América Latina y el Caribe en el año 2010, para el 2015, había 37 millones en América del Norte y 4,3 millones en América Latina y el Caribe. Un incremento de 13,1 millones en cinco años³.

Por ello, es de destacar el enfoque de la legislación mexicana que ha dejado de criminalizar la migración irregular considerándola sólo como una falta administrativa. Así mismo, debe distinguirse la obligación constitucional de toda autoridad mexicana de promover el respeto de los derechos humanos a toda persona que se encuentre en territorio nacional, sin importar su calidad migratoria.

¹ OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013*. Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2013. Disponible en: publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013_SP.pdf.

² Con información de: PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjCy6Oxo6jXAhWH54MKHatoAT8QFggrMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.sitios.scjn.gob.mx%2Fcodhap%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Farchivos%2Fpaginas%2FProtocolo_migrantes_REVDIC2015.pdf&usq=AOvVaw3gW69Rp5BYqiW9k4v7Qije (consultado el 8 de octubre de 2017). Con información también de: Inter-American Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of Migrant; *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México* / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], 2013, P- 37-104. <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf> (consultado el 1 de octubre de 2017).

³ OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la Región*. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016, p. 22.

1. Los derechos humanos laborales reconocidos internacionalmente

Los derechos humanos laborales son aquellos que le permiten a una persona contar con las condiciones indispensables y mínimas para llevar una vida de acuerdo con la dignidad humana. El catálogo de derechos humanos laborales incluye cuatro grandes categorías. En primer lugar, un derecho al empleo. En segundo lugar, un derecho de formación profesional que permita insertarse al mercado de trabajo. En tercer lugar, derechos durante el trabajo. En cuarto lugar, derechos en caso de pérdida del trabajo, es decir, seguro de desempleo, derecho a un ingreso mínimo de sobrevivencia, derecho a una nueva formación profesional, entre otros.

El derecho al empleo, se encuentra plenamente reconocido tanto en la legislación internacional⁴ como en la legislación internacional de naturaleza laboral⁵. La segunda y cuarta categoría ya se encuentran consolidados en países como Dinamarca y Alemania⁶, así como en algunos instrumentos internacionales. Sin embargo, su reconocimiento pleno como derechos humanos laborales aún está ausente en el orden nacional.

En relación a la tercera categoría, los derechos humanos laborales de toda aquella persona que realiza una actividad subordinada a cambio de un salario, son lo que se encuentran más desarrollados y reconocidos nacional e internacionalmente. No obstante, también existen diferencias de qué derechos pueden considerarse como fundamentales. Incluso se podrían incluir en el absurdo de considerar como derechos humanos laborales cualquier derecho laboral.

⁴ En los ordenamientos internacionales es posible encontrar el fundamento jurídico del derecho al trabajo. En los instrumentos internacionales que se habla más del Derecho al Trabajo, particularmente, se pueden citar: la Carta de las Naciones Unidas de 1945; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Declaración Sobre El Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1947; la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1998, la Declaración Socio Laboral del Mercosur de 1998, entre otros.

⁵ La preocupación de la OIT por el empleo ha quedado manifiesta en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, así como en una serie de Convenios Internacionales, Recomendaciones y enunciada en múltiples instrumentos internacionales de la OIT.

⁶ Morales Ramírez, María Ascensión, “Sistema de aprendizaje dual: ¿Una respuesta a la empleabilidad de los jóvenes?”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, Volumen 19, Julio-Diciembre 2014, pp. 87-110.

De hecho, si consideramos todos los derechos laborales contenidos en el artículo 123 de la Constitución Mexicana como derechos humanos, tendríamos un catálogo amplio. De igual manera, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra los siguientes derechos laborales:

- a) El derecho de toda persona a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se consideran indispensables a su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.
- b) Derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo y a la protección contra el desempleo a igual salario por igual trabajo a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure a sí y a su familia una existencia humana digna.
- c) Derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.
- d) Derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, a una limitación de la jornada de trabajo y vacaciones periódicas.
- e) Derecho a un nivel adecuado que asegure a la persona y su familia la salud, alimentación, vivienda y los servicios sociales necesarios protección de la maternidad y la infancia.

Así mismo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, destaca los siguientes derechos laborales:

- a) Derecho al trabajo (oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogidos y aceptado) vinculado a este derecho se encuentra la formación técnico-profesional que los Estados Partes deben asegurar a través de una orientación y programas adecuados con el fin de asegurar la ocupación plena y productiva.
- b) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, no discriminación en relación a las condiciones de trabajo de las mujeres.
- c) Protección y asistencia a favor de los niños, obligación de establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido el acceso de los niños a un empleo.

- d) Seguridad e higiene laboral.
- e) Igualdad de oportunidad en el trabajo descansos y vacaciones periódicas limitación razonables de las horas de trabajo y remuneración de los días festivos.
- f) Derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección. Derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones, y a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba el orden legal.
- g) El derecho de huelga.
- h) Protección de la maternidad, licencia remunerada antes y después del parto.
- i) El derecho de toda persona a la seguridad social.
- j) Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental.
- k) Derecho a la enseñanza en sus distintos niveles.
- l) Prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso.

Sin duda un listado amplio de derechos humanos laborales, los hace poco creíbles y de difícil cumplimiento. De ahí que sea necesario estudiar sólo aquellos que se consideran como el núcleo duro de derechos humanos laborales. Al respecto, se pueden encontrar varias clasificaciones de núcleos duros, pero carentes de rigor jurídico o de fuentes jurídicas nacionales e internacionales⁷. Sin embargo, la única clasificación que tiene un soporte internacional consensuado, son aquellos incluidos en la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Es prudente mencionar previamente que la antítesis del empleo aparece en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, la cual establece que “la lucha contra el desempleo” es una medida para mejorar las condiciones de trabajo. Por su parte, en la Declaración de Filadelfia de 1944 se afirma la obligación solemne de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr el pleno empleo

⁷ Canessa Montejó, Miguel F., “Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm.. 72, abril, 2008, Madrid, España, p. 72.

y la elevación del nivel de vida y emplear a trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común. Aunque también es cierto que la inclusión de algunos derechos humanos laborales en la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, obedece a la dificultad de que los Estados miembros de la OIT los acepten, a pesar de su importancia⁸. Por otro lado, en los últimos años, se ha considerado la inclusión de derechos humanos laborales como el derecho a la seguridad social y el derecho a la formación profesional. Dos derechos que se consideran fundamentales en la reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) de 2012.

Cuando una persona se encuentra realizando un trabajo personal subordinado, es elemental contar con una base sólida de derechos humanos laborales. De acuerdo con la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998, el núcleo duro de derechos humanos laborales se integran por:

- Prohibición del trabajo forzoso. Que se entiende como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente⁹.

⁸ OIT, Curso que ha de darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Documento GB.270/3/1). Ginebra, OIT, 1997, a) Inclusión en el orden del día de la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) de un punto sobre una Declaración relativa a los derechos fundamentales de los trabajadores. Ver en especial el párrafo 19: “Hay por consiguiente una firme base constitucional para incluir el enunciado de esos cuatro grupos de principios en la Declaración. Aunque otros principios comprendidos en las normas de la OIT son también importantes, no parecería aconsejable extender la lista más allá del acuerdo existente acerca de lo que se considera como derechos fundamentales. Asimismo, los debates en la 85.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo confirmaron la opinión de que los cuatro grupos de derechos sobre los que hay acuerdo son esenciales para asegurar las condiciones necesarias para el desarrollo en condiciones compatibles con la dignidad humana.”

⁹ Convenio número 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio, ratificado por México en 1934. En 1957 se adoptó el Convenio número 105, relativo a la abolición de trabajo forzoso, ratificado por México en 1959 tiene como fin combatir determinadas formas de trabajo forzoso. En dicho convenio se establece que todo país integrante de la OIT que ratifique el convenio, se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio.

- Libertad sindical y libre negociación colectiva¹⁰. El Convenio número 87 sobre la libertad sindical y la protección del trabajo fue ratificado por México en 1950. El Convenio número 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva aún no ha sido ratificado por México. Por su parte, el Convenio número 135 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (ratificado por México en 1974), establece que los representantes de los trabajadores en la empresa deban gozar de la protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor. Finalmente, el Convenio número 151, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, no ha sido ratificado por México.
- No discriminación e igualdad de oportunidades. El Convenio número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado por México en 1961), adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la OIT. Dicho convenio obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación. Para el Convenio 112 existe discriminación cuando hay distinciones fundadas en la ascendencia nacional.
- Prohibición del trabajo infantil y de sus peores formas. El trabajo infantil comprende toda actividad económica en cualquier

¹⁰ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Convenio número 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (Convenio número 98); Convenio sobre los representantes de los trabajadores (Convenio número 135), y el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (Convenio número 151).

condición laboral, realizada por niños y niñas menores de 15 años y que les impida desarrollarse dignamente; así como aquella que les limite su participación y derecho a la educación y les cause perjuicios en su salud, su condición física, mental, moral y espiritual. El Convenio número 138 de la OIT, establece como edad mínima para trabajar aquella que no sea “inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.” Así mismo, el Convenio 182 de la OIT busca proteger a los niños de las peores formas de trabajo infantil. Por su parte, las peores formas de trabajo infantil se refieren a actividades que dañan la salud, la seguridad o la moralidad de los niños y adolescentes, incluso involucrando a menores de 18 años, por ejemplo: la venta y la trata de personas menores de edad; la utilización de niños en conflictos armados y en la realización de actividades ilícitas; la explotación sexual de los menores de edad, es decir, cuando se involucra a un niño, niña o adolescente en actividades sexuales a cambio de un pago; entre otras peores formas de trabajo infantil.

Como se puede apreciar a continuación, de los ocho convenios fundamentales, el Estado Mexicano no ha ratificado únicamente, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva:

| Convenios Fundamentales |
|--|
| Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) |
| Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98) |
| <u>Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)</u> |
| <u>Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)</u> |
| <u>Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)</u> |
| Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182) |
| Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) |
| Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) |

2. La aparición de los derechos humanos laborales en la Ley Federal de Trabajo de 2012

La reforma a la LFT de 2012 ha introducido en la legislación federal por primera vez la definición de trabajo decente o digno. Particularmente, el artículo segundo de la Ley establece que *Las normas del trabajo* deben propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales. Describiendo al trabajo digno o decente como “...aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.” Igualmente, la LFT refiere que el trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

El trabajo digno o decente en la legislación mexicana debe, según se desprende del párrafo anterior, contar con los siguientes elementos, para poder considerarse como tal:

- a) Derecho a que se respete su dignidad humana; sin ningún tipo de discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil.
- b) Derecho a la seguridad social.
- c) Derecho a un salario remunerador.
- d) Derecho a la capacitación y adiestramiento.
- e) Derecho a condiciones higiénicas en su lugar de trabajo para prevenir accidentes o enfermedades.
- f) Derecho a formar un sindicato, a no ser parte de un sindicato o a salirse de un sindicato sin que el trabajador pierda su trabajo.
- g) Derecho a celebrar con otros trabajadores, por lo menos veinte, un contrato colectivo de trabajo.

- h) Derecho a realizar una huelga, en caso de que no se respeten las condiciones de trabajo o porque quieren celebrar un contrato colectivo de trabajo.
- i) Derecho a la no discriminación entre hombres y mujeres frente al patrón. Quien debe proporcionar acceso a las mismas oportunidades, en el goce o ejercicio de sus derechos laborales.

De la nueva regulación incorporada a la LFT debe destacarse el principio de no discriminación fundado en origen nacional. Por lo que un migrante incluso en calidad irregular debe respetársele condiciones de trabajo decente o dignas.

3. La legislación internacional en materia migratoria. El Sistema de universal de derechos humanos, los Convenios de la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En materia de legislación internacional se deben resaltar las obligaciones que derivan del Sistema universal de derechos humanos (**A**), de los convenios internacionales fundamentales, de gobernanza y técnicos de la OIT (**B**), y las propias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (**C**).

A. Obligaciones que derivan del Sistema universal de derechos humanos

Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, particularmente los relativos al derecho al trabajo y a la no discriminación en el trabajo, se encuentran consagrados en los siguientes instrumentos internacionales:

- Carta de la Organización de las Naciones Unidas. San Francisco, 26 de Junio de 1945.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional 2000.
- La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias de 1990.
- Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. 7 de marzo de 1966.

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer. 18 de diciembre de 1979.
- Recomendación general No. 26 sobre las trabajadoras migratorias. Noviembre de 2008.
- Convención de los Derechos de los Niños. 20 de noviembre de 1989.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 18 de diciembre de 1990.
- Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños. 30 de septiembre de 1921.
- Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad. 11 de octubre de 1933.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994.
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolos de Palermo). 15 de noviembre de 2000.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolos de Palermo). 15 de noviembre del 2000.

Si bien todos los anteriores instrumentos internacionales son importantes, es preciso hacer algunos comentarios particulares del sistema internacional. La ratificación por México de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares en 1990 y la adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en 2000 resultan de primordial importancia.

La Convención de 1990 define a un trabajador migrante como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Además, dicha convención resulta fundamental, ya que establece derechos humanos laborales exigibles por la vía del amparo:

1. Podrán salir libremente de cualquier Estado.
2. Derecho de regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.
3. Derecho a la vida.
4. Protección del Estado en que se encuentre de no ser sometido a torturas ni tratos o penas inhumanas, crueles o degradantes.
5. No serán sometidos a esclavitud.
6. No realizarán trabajos forzosos u obligatorios.
7. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión.
8. Derecho a la opinión.
9. Derecho a la libertad de expresión.
10. Tendrán los mismos derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia.
11. Derecho de residencia o de trabajo.
12. Derecho a exponer las razones para que les asistan.
13. Derecho de residencia.
14. Derecho a recibir los salarios, así como otras prestaciones que se le adeudan
15. Participar en reuniones y actividades del sindicato.
16. Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o cualquiera de las asociaciones.
17. Derecho a la seguridad social.
18. Acceso a la educación.
19. Derecho de transferir sus ingresos a su Estado de origen.

La Convención establece derechos para los trabajadores migrantes, partiendo del principio de la no discriminación y el reconocimiento de los derechos humanos universales para todos los trabajadores: derecho al trato igualitario, derecho a la seguridad social, y protección del Estado contra la violencia, daños, amenazas, etc. La Convención también señala la igualdad de derechos de los trabajadores y sus familias

respeto a los derechos que los nacionales en materia de educación, formación, vivienda y participación en la vida cultural. Dicha Convención desarrolla y establece como obligatorios algunos de los derechos a la no discriminación para las trabajadoras migratorias que consagra la Recomendación General No. 26 sobre las trabajadoras migratorias de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (conocida por sus siglas en inglés CEDAW).

En el contexto mexicano, la Recomendación es fundamental porque fue ratificada por el Estado el 8 de marzo de 1999 y publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 13 de agosto de 1999. Siendo, en ese sentido parte del orden jurídico mexicano y en consecuencia de cumplimiento obligatorio para el Estado mexicano, ya que el respeto de las leyes en México, implica también el respeto de los tratados internacionales, según se desprende del artículo primero de la Constitución mexicana que consagra el control de convencionalidad, al establecer que: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

B. Convenios internacionales fundamentales, de gobernanza y técnicos de la OIT

Respecto a los instrumentos internacionales de la OIT en materia de migración, se debe señalar que la Organización Internacional del Trabajo, cuenta con tres grandes tipos de Convenios: *fundamentales, de gobernanza y técnicos*. Siendo los Convenios técnicos los que han regulado ampliamente el caso particular de los trabajadores migrantes.

Los convenios fundamentales que agrupan los derechos humanos ya fueron citados anteriormente. A partir de la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998, la OIT marcó una serie de instrumentos internacionales que son obligatorios para todo país miembro, alrededor de cuatro temas: *prohibición de trabajo forzoso, no discriminación en el empleo, prohibición de las peores formas de trabajo infantil, la libertad sindical y el derecho a la libre negociación colectiva*.

Como lo señala el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes¹¹, todas las normas laborales internacionales de la OIT son aplicables a los trabajadores migrantes a menos que se indique lo contrario. Estas incluyen los ocho Convenios de la OIT sobre los derechos fundamentales; los instrumentos específicos relacionados con la protección de los trabajadores migrantes y la gobernanza de la migración laboral, a saber, el Convenio sobre los trabajadores migrantes revisado, de 1949 (Convenio Núm. 97) y el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Convenio Núm. 143) de 1975, además de otros instrumentos que incluyen disposiciones específicas sobre los trabajadores migrantes, como son el Convenio sobre las agencias de empleo privadas (Convenio Núm. 181) de 1997 y el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (Convenio Núm. 189) de 2011.

En la medida en que el Estado mexicano está obligado a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores y rendir un informe del cumplimiento de los mismos, según establece la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Cumplimiento de 1998, se le podría solicitar al Estado mexicano que informe en qué medida se están cumpliendo dichos derechos fundamentales con respecto a los trabajadores migrantes, particularmente las mujeres migrantes.

En relación a los instrumentos de gobernanza, estos implican el funcionamiento adecuado y oportuno de la administración pública caracterizada por su eficacia, calidad y correcto desarrollo. Se trata de elementos que legitiman el actuar de la administración pública frente a la sociedad. En materia de Derecho Internacional del Trabajo, existen tres convenios internacionales definidos por la OIT como fundamentales en materia de gobernanza, a saber:

¹¹ Asamblea General Distr. general 7 de agosto de 2013. 13-42118X (S). *1342118*. Sexagésimo octavo período de sesiones. Tema 69 b) del programa provisional*. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales Derechos humanos de los migrantes. Nota del Secretario General: El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, presentado de conformidad con la resolución 67/172 de la Asamblea.

Convenios de Gobernanza

| | |
|---|---------------|
| C081 - Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81) | No Ratificado |
| C122 - Convenio sobre la Política de Empleo, 1964 (núm. 122) | No Ratificado |
| C129 - Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) | No Ratificado |

No debe olvidarse que la Inspección del Trabajo es la institución que por naturaleza vigila el respeto de los derechos de los trabajadores. Al respecto, se debe recordar que sólo el 10 % de la Población Económicamente Activa (PEA) se encuentra sindicalizada, es decir el 90% de la PEA en México no tiene una organización sindical que defienda el pleno respeto de sus derechos. En ese sentido la inspección del trabajo se convierte en un arma fundamental para vigilar el respeto de los derechos laborales de todo trabajador. Desafortunadamente, en el caso de México, existe un déficit en cuanto a ratificación de Convenios Fundamentales y de Gobernanza de la OIT, como se puede apreciar en los cuadros siguientes:

Los convenios técnicos tienen como función regular una actividad o un trabajo en especial. La OIT cuenta con un número importante de convenios técnicos relativos a los trabajadores migrantes. Muchos de ellos han sido ratificados por México, pero algunos otros no, como se puede apreciar a continuación.

Convenios de la OIT sobre Trabajadores Migrantes no ratificados por México

| Convenios Técnicos | Estatus | Ratificación México |
|---|--|---------------------|
| C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). | -Instrumento actualizado. -Entrada en vigor: 22 de enero de 1952. | No Ratificado |
| C143 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). | -Instrumento actualizado. -Entrada en vigor: 9 de diciembre de 1978. | No Ratificado |
| R151 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151). | -Instrumento actualizado. | -No aplica. |
| R086 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 86). | -Instrumento actualizado. | -No aplica. |

Nota: Cuando dice no aplica, se refiere al hecho de que las Recomendaciones no son vinculatorias.

C. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede aplicarse a la población en situación migratoria desde dos ángulos. En primer lugar, en la medida en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las opiniones consultivas y los casos resueltos por la Corte Interamericana han generado un *corpus* en derechos humanos. En segundo lugar, México ha solicitado opiniones consultivas relacionadas con los migrantes, particularmente:

- a) La Opinión Consultiva 16/99 de 1° de octubre de 1999 (OC16/99), relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal y,
- b) La Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003 (OC18/03), relativa a la condición jurídica y los derechos de las personas migrantes indocumentadas¹².

Si bien las dos son sumamente importantes, desde el punto de vista laboral es de destacar la OC 18/03, ya que reconoce que, sin importar la calidad migratoria de las personas, tiene derecho a un trabajo digno como cualquier otra persona nacional. Así por ejemplo, en el párrafo 85 de la Opinión se establece el vínculo indisoluble entre el principio de igualdad y la no discriminación, el no hacerlo le genera responsabilidad internacional al Estado que incumpla con dicho deber:

“Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.”

Igualmente, en el párrafo 118 se establece que: *Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria*

¹² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n° 18. Ver documento completo en:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1> (Consultado el 5 de octubre de 2017)

para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Al respecto, no se puede iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Al tomar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

Cabe destacar lo señalado por la Corte en el párrafo 101, al establecer que el principio fundamental de igualdad y no discriminación tienen la calidad de *jus cogens*:

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

La Opinión de la Corte contradice por completo la resolución de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Comounds v. Nacional Labor Relations Board*, que niega a una persona con condición migratoria irregular, la posibilidad de contar con derechos laborales y en donde también la Corte resolvió que no era procedente al pago de salarios caídos a un trabajador despedido por ser migrante irregular, ya que perjudicaría la política federal de inmigración¹³.

¹³ Ver intervenciones escritas orales y escritas de: *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on*

4. La legislación nacional en materia migratoria

Debe destacarse que la reforma constitucional de 2011 estableció el deber de toda autoridad mexicana a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad. No obstante, desde antes de 2011 la legislación mexicana en materia de migración ya había aportado importantes cambios. Sobresalen los realizados a la Ley General de Población realizadas en 2008 y 2010. En la primer reforma se despenalizó la migración y se le considera solamente una falta administrativa. En la segunda reforma se concedió el acceso a la justicia para todos los migrantes independientemente de su situación y condición migratoria, así como la posibilidad de quejarse ante los organismos estatales y nacionales de derechos humanos.

También en el 2011, con la publicación de la Ley de Migración se reconoce expresamente el derecho a la educación, a la salud, a los actos del registro civil y a la personalidad jurídica. Particularmente el segundo, tercero y undécimo párrafos del artículo segundo establece que “

“.....”

Son principios en los que debe sustentarse la política migratoria del Estado mexicano los siguientes: Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito. En ningún caso una situación migratoria irregular preconfigurará por sí misma la comisión de un delito ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada.

Congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio

“.....”

Reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes, en tanto que los extranjeros con arraigo o vínculos familiares, laborales o de

Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center. Consultar OC18/03 en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1> (Consultado el 5 de octubre de 2017). p. 49.

negocios en México han generado una serie de derechos y compromisos a partir de su convivencia cotidiana en el país, aún cuando puedan haber incurrido en una situación migratoria irregular por aspectos administrativos y siempre que el extranjero haya cumplido con las leyes aplicables.

“.....”

Destaca también la entrada en vigor a principios de 2011 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria¹⁴ y su Reglamento¹⁵. La ley regula la condición de refugiado y establece las bases para la asistencia de los refugiados que se encuentren en territorio mexicano. Además la Ley integra los principios de no devolución, no discriminación, no sanción por ingreso irregular, unidad familiar, interés superior del niño y la confidencialidad.

Importante también la publicación en el 2011 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria que señala en su artículo 11 establece que:

Todo extranjero que se encuentre en territorio nacional tiene derecho a solicitar, por sí, por su representante legal o por interpósita persona, el reconocimiento de la condición de refugiado. Si el extranjero solicitase dicho reconocimiento a través de su representante legal o por interpósita persona, deberá de ratificar su solicitud ante la Secretaría dentro del término de tres días hábiles. Si el extranjero la ratifica se continuará el procedimiento de reconocimiento, en caso contrario, se tendrá por no presentada la solicitud. El procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado sólo podrá continuarse por el solicitante o por su representante legal de conformidad con lo establecido en esta Ley y su reglamento.

También es de anotar la reforma del artículo 67 de la Ley General de Población, en 2010, a partir de la cual no se puede negar o restringir a los extranjeros, cualquiera que sea su situación migratoria, la atención de quejas en materia de derechos humanos y de procuración de justicia¹⁶.

¹⁴ Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPC.pdf> (consultado el 22 de octubre de 2017).

¹⁵ 296 Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de febrero de 2012. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5234592&fecha=21/02/2012 (consultado el 22 de octubre de 2017).

¹⁶ Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se adicionan un segundo y tercer párrafo al artículo 67 y una fracción VI al artículo 113 de la Ley General

En México existe asimismo, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. La Ley tipifica el delito de trata de personas, así como los delitos relacionados y se establecen sus sanciones y obliga a la Procuraduría General de la República a crear un programa de protección a víctimas y testigos. Además incluye un capítulo sobre prevención del delito, políticas y programas, detección de zonas y grupos con mayor vulnerabilidad, y políticas para su atención prioritaria.

Se cuenta igualmente con la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas. A través de la cual se busca establecer entre la Federación y las entidades federativas acuerdos de cooperación para implementar y operar las medidas de prevención y medidas urgentes de protección que garanticen la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de la defensa o promoción de los derechos humanos y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo. Además, la Ley creó el Mecanismo de Protección para Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas.

Así mismo, en las entidades federativas se han aprobado leyes que permiten el respeto de los derechos de los migrantes, por ejemplo, la Ley de Interculturalidad, Atención a Migrantes y Movilidad Humana de la Ciudad de México, de fecha 8 de octubre de 2011.

Debe anotarse que además de la regulación constitucional y las anteriores leyes señaladas, el marco jurídico nacional en materia migratoria es amplio¹⁷. De la normatividad constitucional destaca también la procedencia del amparo respecto de los derechos humanos contenidos en

de Población. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de noviembre de 2010. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgp/LGP_ref13_22nov10.pdf. [Última consulta el 30 de diciembre de 2013]

¹⁷ Puede señalarse también la siguiente legislación: Ley Federal de Procedimiento Administrativo; Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; Código Civil Federal y de Procedimientos Federal; Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley Federal del Trabajo; Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Ley de Policía Federal; Ley de Seguridad Nacional; Ley Federal de Defensoría Pública; Ley Federal de Derechos; Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación; Ley General

los tratados internacionales ratificados por México. Así mismo, tienen gran importancia los artículos 11, 30 y 33 constitucionales referentes al asilo, protección de refugiados y migración.

Como se observa, el respeto de los derechos humanos de los migrantes es una obligación del Estado mexicano y en ese sentido debe ser también el respeto de sus derechos humanos laborales establecidos en los ordenamientos internacionales y en la legislación laboral mexicana, particularmente la LFT, cuando se refiere al trabajo digno, pero no cuando se refiere a casos específicos, como lo veremos a continuación:

5. La LFT: del principio de trabajo decente a regulaciones contrarias a la igualdad y no discriminación

Los tratados internacionales ratificados por México, así como la Constitución y la propia LFT, establecen los principios de igualdad y no discriminación. En sentido, la LFT permite que los migrantes trabajen legalmente en México como visitantes. Sin embargo, existen restricciones profesionales a las categorías de visitantes, particularmente a los trabajadores migrantes de América Central, quienes sólo pueden entrar legalmente bajo la categoría denominada “Forma Migratoria para Visitantes Agrícolas” o bajo la “Forma Migratoria para Visitantes Locales Fronterizos”, lo que limita a realizar trabajo agrícola.

La LFT establece también, una preferencia de los nacionales sobre los migrantes y establece una cuota máxima de migrantes en cada empresa y en el caso de una profesión se establece que sólo se podrá contratar a nacionales. En ese sentido, el artículo 7 de la LFT establece que en toda

para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos; Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; Código Penal del Distrito Federal; Ley de los Institutos Nacionales de Salud; Ley del Instituto Nacional de las Mujeres; Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas; Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; Ley General de Educación; Ley Orgánica del Poder Judicial Federal; Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administración; Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil; Ley General de Salud; Ley del Servicio Exterior Mexicano; Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica; Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria; Reglamento de la Ley de Migración, entre otras.

empresa o establecimiento, debe emplearse un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. Las categorías de técnicos y profesionales, deben desarrollarse por mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada. En ese caso el patrón puede emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los de la especialidad. El patrón y los trabajadores extranjeros tienen la obligación solidaria de capacitar a trabajadores mexicanos en la especialidad de que se trate. Los médicos al servicio de las empresas deben ser mexicanos exclusivamente.

Lo mismo sucede en relación con la prohibición de formar parte de la directiva de los sindicatos, tal y como se desprende del artículo 372 de la LFT que establece que: *No podrán formar parte de la directiva de los sindicatos los trabajadores extranjeros*. A pesar de que la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares en 1990 establece como un derecho de los migrantes formar parte de las asociaciones.

Por otro lado, como las violaciones más comunes a los derechos de los trabajadores migrantes son: largas jornadas de trabajo; inadecuadas condiciones de vivienda, salud y transporte; salarios más bajos que el mínimo; reducción de salarios por comida y vivienda; retención de salarios y de documentos de trabajo, y discriminación racial.

Debido a las graves condiciones sociales y económicas que prevalecen en sus países de origen, muchos trabajadores agrícolas migratorios se ven obligados a aceptar estos abusos, tal y como ya lo hemos ejemplificado en otro estudio sobre las trabajadoras migrantes centroamericanas en situación irregular y como lo comentaremos más adelante¹⁸.

6. La exigibilidad de los derechos humanos laborales en el plano internacional y nacional

Actualmente, los derechos humanos laborales pueden ser exigidos en instancias internacionales o nacionales. En el ámbito internacional

¹⁸ Trabajadoras migrantes en México y efectividad de los derechos laborales fundamentales. Alfredo Sánchez-Castañeda. Universidad de la Gran Colombia.

la Organización de Naciones Unidas, de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano facultado para conocer y resolver los casos presentados por personas o grupos de personas que se consideren víctimas de violaciones a los derechos que están contenidos en el Pacto.

Existen también otros instrumentos internacionales que prevén la existencia de comités para la presentación de quejas: el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y entre otros, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por su parte, todo país que ha ratificado un convenio de la OIT tiene la obligación de informar bianualmente en el caso de los convenios fundamentales y cada cinco años, en el caso de los demás convenios a la, sobre el debido respeto del convenio ratificado¹⁹. Adicionalmente, la OIT cuenta con procedimientos ante su Consejo de Administración, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones²⁰ y el Comité de Libertad Sindical.

¹⁹ Cuando un país ratifica un convenio de la OIT, se compromete a aplicarlo de buena fe y a someterse a la supervisión de su aplicación por la Organización. La Constitución de la OIT insta a los Estados a presentar un informe sobre las medidas adoptadas para hacer efectivos los convenios que han ratificado (artículo 22). Desde 1994, se solicitan informes bienales detallados sobre ciertos convenios ratificados, como los relativos a los derechos humanos fundamentales. Respecto a los demás convenios, los informes deben presentarse cada cinco años. Los informes son examinados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Los informes de los gobiernos deben determinar si la legislación y la práctica nacionales cumplen las disposiciones del convenio. Los informes deben contener información sobre las decisiones de los tribunales de justicia u otros tribunales relativas a la aplicación del convenio. Los gobiernos deben señalar las organizaciones de empleadores y de trabajadores a las que se han mandado copias de su informe, así como cualquier comentario recibido de estas organizaciones. Ver: OIT, *Cómo se adoptan y supervisan los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo*, OIT, Ginebra, 1999, 4 p.

²⁰ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones está integrada por 20 personalidades independientes de reconocido prestigio que poseen un nivel elevado de cualificación en el terreno jurídico o social y que están especializadas en cuestiones relativas a la administración y las condiciones laborales. Sus miembros son nombrados para un período de tres años, a título personal, por el Consejo de Administración de la OIT basándose en las propuestas del Director General. Su mandato puede renovarse para sucesivos períodos de tres años. La Comisión se reúne todos los años en Ginebra para examinar los informes de los gobiernos y la información de las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Ídem.

Se debe recordar también que el artículo 26 de la Constitución de la OIT establece un procedimiento de reclamación cuando un Estado integrante de la OIT no está garantizando satisfactoriamente la aplicación efectiva de un convenio que ha ratificado de la Organización. La reclamación puede presentarla cualquier Estado Miembro de la OIT que haya ratificado el mismo convenio, o cualquier delegado de la Conferencia Internacional del Trabajo. El Consejo de Administración determina si hay que designar una Comisión de Investigación para examinar esa cuestión y hacer las recomendaciones oportunas. En caso de que la reclamación se refiere a la libertad sindical, puede remitirse al Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Le corresponde a la Comisión de Expertos hacer el seguimiento de las recomendaciones²¹.

En el perímetro americano, se puede acudir a la Corte o a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito nacional se puede acudir a organismos administrativos, tales como: la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo y en caso de existir su símil local, en las secretarías estatales de trabajo y sus respectivas procuradurías estatales. En materia jurisdiccional se puede acudir a las Juntas Federales y Locales de Conciliación y Arbitraje, así como al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y a partir de la reforma de febrero de 2016 al Poder Judicial desde la primera instancia. En el terreno no jurisdiccional existe la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus símiles estatales.

A pesar de que la no discriminación y la igualdad de trato son elementos que distinguen al derecho en materia de migración en México y de la existencia de vías jurisdiccionales y no jurisdiccionales nacionales y extranjeras, existe un serio problema de efectividad en la materia, como se podrá apreciar en el siguiente apartado.

7. La necesaria efectividad de los derechos laborales de los migrantes

Como ya ha quedado señalado, se debe resaltar el gran paradigma establecido por la legislación mexicana, que bien podría ser ejemplo

²¹ Ídem.

legislativo para todo el mundo, al no criminalizar la migración irregular y establecer el principio de no discriminación e igualdad entre nacionales y migrantes. El cual ya ha sido reconocido a nivel internacional por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución 2005/47 a favor de los derechos de los migrantes²². En ese sentido, estos cambios paradigmáticos en la legislación mexicana pueden constituir un ejemplo para América Latina, puesto que en muchos países de la región se limitan los derechos laborales de los migrantes a su condición regular o irregular.

Sin embargo, no se deben hacer cuentas alegres. Es menester reconocer también que el problema histórico del derecho mexicano²³ y quizás incluso del derecho latinoamericano²⁴, tiene que ver con la efectividad o eficacia (capacidad de lograr el efecto que se espera) de la legislación. Desafortunadamente, han sido documentadas diversas formas de discriminación y violencia hacia la población migrante en situación irregular, a saber: Robos y extorsiones; secuestro; trata de personas; asesinato; desaparición, violencia sexual, abuso de autoridad, uso excesivo de la fuerza falta de acceso a la justicia e impunidad, entre otros²⁵.

Así por ejemplo, en materia de respeto de los derechos laborales de los migrantes, la Comisión Interamericana ha observado que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad respecto a los nacionales. Algunos migrantes reciben la mitad del salario que se le paga a un nacional, no se les paga lo prometido o no se les paga, sus jornadas laborales son superiores a ocho horas diarias, no suele tener los descansos establecidos en la LFT. Lo que genera una situación de abuso y de explotación. Además, de contar con condiciones precarias

²² Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nation, *Derechos humanos de los migrantes*, 19 de abril de 2005 (Consultado el 8 de octubre de 2017 en: http://www.acnur.org/index.php?id=872&tx_news_pi1%5Bnews%5D=12290&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=52c813e24fdca4a86119f235b2e1fd80).

²³ KARST, Kenneth L., ROSENN, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, Ltd. London, England, U.S.A, 1975, pp. 58-65

²⁴ Figueiredo, Luís Cláudio, "A lei é dura, mais.(para uma clínica do "legalismo" e da transgressão)", *Sociedade é Estado*, vol. XI, n° 1, 1996, pp. 57-74.

²⁵ Inter-American Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of Migrant; *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México ...*, op. cit.

e insalubres. Además de haber menor de edad trabajando. En materia de seguridad social se observan dos situaciones, ya sea trabajadores migrantes sin seguridad social o la inexistencia de convenios con otros países para el traspaso de derechos de seguridad social adquiridos en el país de origen o de destino²⁶.

Aunque también es cierto que la legislación, a pesar de no cumplirse como sería deseable, también sirve de dique en la práctica sobre el grado de cumplimiento de la misma²⁷. La legislación, incluso cuando no es aplicada, es un punto de referencia para su incumplimiento. En cualquier caso, el derecho mexicano se constata la existencia de una consolidación normativa nacional de los derechos fundamentales en el trabajo, pero en donde la *praxis* de los mismos se dificulta, por múltiples razones, particularmente, se ejemplificó con el caso de las mujeres centroamericanas indocumentadas: la no auto percepción como sujetos de derecho; falta de información y conocimiento de sus derechos; niveles educativos bajos o inexistente; discriminación dentro de su propio núcleo familiar; discriminación por ser indígenas y migrantes; falta de una inspección federal y estatal fuerte; y la informalidad en que se desarrollan su actividad laboral.

Estudios realizados por la OIT en América Latina, señalan también una serie de problemas en materia de respeto de la normatividad, tanto nacional como regional, de los que se destacan principalmente las siguientes debilidades:²⁸

1. Vacíos y fragmentación en los acuerdos regionales de integración.
2. Débil enfoque laboral y de derechos en la institucionalidad y la gobernabilidad migratoria.
3. Falta de participación de los actores del mundo del trabajo en los procesos de consulta sobre migración de la región.
4. Falta de instancias de diálogo social sobre migración laboral en los procesos de integración regional.

²⁶ Inter-American Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of Migrant; *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México ...*, op. cit., pp. 266 y 267.

²⁷ Merton, R.K., *Social theory and social structure*, 1994, vol. I, cap. III. Cfr. Treves, Renato, *Sociologie du droit*, P.U.F., Paris, 281 p.

²⁸ OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *La migración laboral en América...*, op. cit., 140 p.

5. Ausencia de comisiones inter-gubernamentales con la participación de los ministerios de trabajo.
6. Falta de coherencia entre políticas migratorias y políticas de empleo.
7. Débiles competencias de las instituciones del mercado laboral para trabajar sobre el tema de la migración laboral.
8. Insuficiente participación de los trabajadores migrantes en los procesos de sindicalización y de negociación colectiva.
9. Debilidades en los sistemas de información y estadísticas y brechas de conocimiento sobre los aspectos laborales.

En el ámbito nacional, la importancia de los trabajadores migrantes al considerarlos sujetos de pleno derecho sin importar su calidad migratoria; que conozcan sus derechos y las instancias donde los pueden hacer valer. Por su parte, el Estado debe informar a todo migrante desde su entrada -regular o irregular- de los derechos que tiene, lo que se podría hacer entregando cartillas de derechos. Así mismo, debe fortalecerse la inspección del trabajo federal y estatal e incluso en aquellas entidades federativas donde predomine el trabajo migrante, así como capacitar a los inspectores del trabajo en el respeto de los derechos laborales de los migrantes independientemente de su calidad migratoria. A su vez, prestar especial interés cuando se trate de migrantes, mujeres, menores de edad o extranjeros que no dominen la lengua española. La capacitación de los agentes migratorios es un tema fundamental también, ya que su actuar debe partir de una visión de derechos humanos.

Se debe destacar también, el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional*. Solicitado y elaborado para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual establece una serie de principios fundamentales²⁹ que deben ser considerados cuando se trata de impartir justicia a migrantes, pensando más en aquellos que se encuentran en una situación irregular, en la medida en nuestro país, la mayoría de las

²⁹ No discriminación e igualdad; *Pro persona*; Universalidad; interdependencia, indivisibilidad y progresividad; No devolución; Interés superior de la niña, niño o adolescente migrante; Unidad familiar; No re victimización; Presunción de inocencia; Gratuidad; Beneficio de la duda; Asistencia humanitaria y protección

personas son migrantes económicos en situación irregular, dada su condición de vulnerabilidad³⁰. Ya que pueden sufrir de racismo y xenofobia; restricciones a su libertad de movimiento; violencia física, psicológica, sexual y de género; situaciones de engaño, coerción y/o explotación o trata, así como barreras de acceso a la justicia instituciones y derechos por trámites burocráticos excesivos. De igual manera incluso contando con una situación migratoria regular, se enfrentan a los mismos problemas y dificultades que sufren los nacionales, como la desconfianza hacia las autoridades, prepotencia de las mismas, corrupción, entre otros.

Así mismo, no se debe descuidar tampoco la importancia del litigio estratégico, que permite apoyar casos paradigmáticos para la sociedad y generar poco a poco la cultura de la legalidad. Afortunadamente, se trata de un nuevo camino para empoderar a los migrantes que cada vez toman más relevancia en México.

De igual manera, dada la condición laboral de los trabajadores migrantes, el Estado Mexicano debe tener presente lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la Condición Jurídica de los trabajadores migrantes indocumentados respecto que los derechos laborales de las personas migrantes, cualquiera sea su situación migratoria, se derivan de su relación laboral, toda vez que ellos surgen de su condición de trabajadores y no de su situación migratoria³¹.

En el ámbito regional, la OIT con el fin de definir objetivos para el corto, mediano y largo plazo (periodo 2016-2019) que aborden las dimensiones identificadas como prioritarias, a saber: irregularidad, informalidad y condiciones de trabajo, la OIT priorizará doce líneas de acción en materia de migración³²:

1. Promover la migración regular, segura y equitativa.
2. Promover una contratación justa y reducir los costos de la migración laboral.

³⁰ SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional...op.cit.*

³¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*

³² OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *La migración laboral en América... , op. cit.*, p. 110.

3. Promover la formalización de la economía informal.
4. Mejorar las condiciones laborales de los trabajadores migrantes.
5. Promover la gobernabilidad de las migraciones y el diálogo social.
6. Promover un enfoque de derechos, incluyendo la ratificación e implementación de los convenios sobre trabajadores migrantes.
7. Fortalecer los lazos entre políticas de empleo y de migración laboral.
8. Proveer asistencia técnica a los mandantes de la OIT en materia de migración laboral.
9. Promover un enfoque de género en las políticas migratorias laborales.
10. Proteger a la niñez migrante y prevenir el trabajo infantil migrante.
11. Mejorar la Información y las estadísticas sobre migración laboral.
12. Movilización y sensibilización sobre la contribución de los trabajadores migrantes al desarrollo.

Las anteriores líneas de acción son sin duda un camino a seguir por los países de la región y particularmente por México. Es de suma importancia lograr la efectividad de la legislación laboral mexicana en materia migratoria para que el paradigma que está mostrando el país al mundo la migración irregular como una falta administrativa y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación sin importar la calidad migratoria pase del texto legal a la praxis concreta y cotidiana.



INMIGRANTES, INTEGRACIÓN, TRABAJO: ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA ITALIANA

DRA. ROBERTA NUNIN

Professoressa associata di Diritto del lavoro
Univeristà di Trieste

1. Una breve premisa sobre el contexto y el tema

Durante más de un siglo, Italia ha sido un país de emigración y no de inmigración. La investigación histórica y demográfica muestra que entre la segunda mitad del siglo XIX y la década de los sesenta en el siglo XX, más de veinte millones de italianos emigraron a otros países. En particular, entre 1875 y 1900 el éxodo fue más masivo desde las regiones del norte (con una incidencia particular en Veneto, Friuli Venezia Giulia y Piemonte), mientras que en las siguientes dos décadas la primacía fue de las regiones del sur. Cabe destacar la impresionante emigración italiana a las Américas entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX; algo que disminuyó en los años del régimen fascista y que luego se recuperaría ligeramente tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Los emigrantes italianos fueron principalmente a Estados Unidos, Brasil y Argentina, donde hoy se estima que hay casi 65 millones de descendientes de emigrantes italianos. En cuanto a la emigración a otros países europeos, Francia, Suiza, Bélgica y Alemania fueron los lugares más importantes de destino, en los que la emigración económica italiana - favorecida especialmente en el mundo

de posguerra por acuerdos entre países - a menudo se caracterizó por la temporalidad: el objetivo era trabajar en el extranjero solo durante un cierto período, para ganar y construir un futuro mejor al regresar a Italia (Colucci 2008; Stella 2002; Sori 1979).

Este contexto histórico viene a explicar por qué la Constitución italiana de 1948, que aborda expresamente el trabajo y la migración, se centra en la *emigración de los italianos a otros países* (el artículo 35 establece el compromiso de la República de proteger el “trabajo italiano en el extranjero”), pero no presta especial atención al fenómeno inverso. Debemos recordar que en Italia existe también una reserva legal: el art. 10, c. 2, de la Constitución italiana establece que la condición jurídica de un extranjero está “regulada por la ley, de conformidad con las normas y tratados internacionales”; la reserva legal fue pensada como una garantía para un extranjero, y así evitar que la situación legal de este último pudiera ser modificada por una regulación discrecional por parte del poder ejecutivo.

Desde la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX la situación ha cambiado mucho; y en pocos años Italia ha pasado a convertirse en un destino de flujo migratorio, cada vez más importante, proveniente de los países de los Balcanes y Europa del Este (en particular desde 1989), así como de África, Asia y América Latina. Frente a un cambio tan significativo en el escenario, el legislador italiano, seguramente no preparado, primero abordó la cuestión con los instrumentos de emergencia, dirigidos a manejar un fenómeno que aparecía inédito en sus características, recurriendo también a regularizaciones periódicas para inmigrantes irregulares y preocupado por contener los fenómenos de *dumping* social que podrían haber surgido de una disparidad de trato entre trabajadores italianos y extranjeros extracomunitarios (cfr. la primera ley del 30 de diciembre 1986, n. 943) (Viscomi 1991).

Posteriormente, con la adopción del *Decreto Legislativo* de 1998 (Decreto Legislativo n° 268 del 25 de julio de 1998, “*Texto único sobre inmigración*”), la acción legislativa sobre la regulación del trabajo de los inmigrantes extracomunitarios ha adquirido una lógica más sistemática. La legislación italiana se articula en torno al principio del *acceso limitado y planificado* para los ciudadanos que no pertenecen a la UE: por lo tanto, las restricciones al acceso de los extranjeros no pertenecientes a la UE al mercado laboral italiano se basan principalmente

en la limitada posibilidad de estas personas a entrar *regularmente* en Italia para trabajar (Tursi 2005; Nappi 2005; Montanari 2010). Además, incluso después de 1998, ha habido varias regularizaciones periódicas para los trabajadores que ingresaron de manera irregular en Italia, una hipótesis muy común para la complejidad del mecanismo regular de ingreso, como lo ilustraremos a continuación.

En los últimos años, sin embargo, la cuestión de los flujos migratorios se ha vuelto extremadamente urgente y grave para Italia, que a menudo se ha quejado de la falta de apoyo de muchos de los otros países de la UE, frente al aumento de las llegadas por mar, no solo por los dramáticos acontecimientos bélicos que han azotado lugares como Siria, Iraq y Libia, sino también por el crecimiento de los flujos migratorios “económicos” desde el África (del norte y subsahariana) a través del Mar Mediterráneo. La fuerte crisis económica, que afectó a Italia (así como a muchos otros países europeos) entre 2008 y 2015, ha contribuido a que los problemas relacionados con la integración de los inmigrantes en el tejido económico y social del país sean cada vez más difíciles, extendiendo sentimientos xenófobos, también lanzados por algunas formaciones políticas.

Los problemas de la integración de los inmigrantes están estrechamente relacionados con los problemas del mercado de trabajo y, como resultado, las dificultades asociadas con la crisis han dificultado aún más el diseño de soluciones; indicadores de estas dificultades son también los problemas que enfrenta el proyecto de ley sobre la posibilidad de reconocer en Italia la ciudadanía a menores extranjeros a través del mecanismo del llamado “*ius soli*” (e “*ius culturae*”), cuyo proceso de transformación en la ley se ha ralentizado fuertemente en los últimos meses debido a la oposición de muchas fuerzas políticas¹.

¹ Ver proyecto de ley no. 2092, aprobado por la Cámara en 2015, pero todavía a la espera de la aprobación final por el Senado.

De acuerdo con los requisitos de este proyecto, la ciudadanía se puede reconocer a los niños extranjeros nacidos en Italia (o introducidos antes de los 12 años de edad) que han asistido regularmente durante al menos cinco años uno o más ciclos educativos y, si se trata de la escuela primaria, han concluido con un resultado positivo (“*ius culturae*”). El proyecto de ley presentado también introduce un mecanismo de “*ius soli*” templado; el texto no prevé el derecho a adquirir la ciudadanía italiana a todos los nacidos en Italia, pero se espera que puedan obtener la ciudadanía a todos los niños extranjeros nacidos en Italia de padres extranjeros, si al menos uno de los padres está legalmente en Italia por al

2. El mecanismo de acceso al empleo de inmigrantes por motivos económicos no pertenecientes a la UE previsto en la legislación italiana

Si el acceso al mercado laboral italiano para los nacionales de los Estados miembros de la UE se realiza mediante la aplicación de los principios bien conocidos sobre la libertad de circulación, para los extranjeros que no pertenecen a la UE las reglas, como se mencionó, son muy diferentes y mucho más restrictivas (De Mozzi 2016; Calafà 2015 y 2012; Chiaromonte 2013; Montanari 2010).

El principio básico de la regulación italiana en vigor² es el del acceso *planificado*, dentro de los límites de las “cantidades máximas admisibles” (“*quote massime d’ingresso*”) para los trabajadores subordinados, cuotas establecidas anualmente con un decreto ministerial (el llamado “decreto de flujos”, “*decreto flussi*”) sobre la base de un documento programático sobre política de inmigración y extranjeros aprobado por el Gobierno italiano, generalmente cada tres años.

Por lo tanto, un ciudadano extranjero que no es ciudadano de la UE y quiere venir a trabajar a Italia encuentra el obstáculo que le da la necesidad de “reingresar” dentro de la “*quota*” de entrada permitida³. Además, un trabajador extranjero no perteneciente a la UE puede acceder a un contrato de trabajo solo si está autorizado a entrar en Italia y solo puede entrar en Italia si es beneficiario de una propuesta de contrato de trabajo presentada por un empleador italiano. El empleador interesado en contratar a un ciudadano extranjero (extra UE), que aún no reside en Italia, debe obtener el “*nulla osta*” para el “*Sportello único*

menos 5 años. En consecuencia, si el padre en posesión de un permiso de residencia no viene de la Unión Europea, debe cumplir con tres parámetros:

- debe tener un ingreso no inferior al monto anual de la asignación social;
- debe tener un alojamiento que cumpla con los requisitos de elegibilidad de la ley;
- debe pasar una prueba de conocimiento del idioma italiano.

En Italia hoy en día hay más de ochocientos mil niños y jóvenes extranjeros, nacidos o residentes por muchos años, que asisten a escuelas italianas y a menudo solo hablan italiano, pero viven en una especie de “limbo”; el proyecto de ley favorece su integración real y definitiva en el tejido social italiano, lo que finalmente cambiaría una condición que ahora aparece, además de ser injusta, incluso potencialmente discriminatoria.

² Ver d. lgs. n° 286/1998 y enmiendas posteriores.

³ Con respecto a la legitimidad constitucional del sistema de flujo de entrada, ver C. Cost., 23 de julio de 1974, n° 244; C. Cost., 24 de febrero de 1994, n° 62; C. Cost., 30 de diciembre de 1998, n° 454

per l'immigrazione” establecido por las Prefecturas (que son articulaciones a nivel territorial del Ministerio del Interior)⁴. La contratación en el trabajo puede ser “*nominativa*” o, si es numérica, el empleador recurrirá a listas especiales. Además, el empleador italiano primero debe verificar en el centro de empleo la falta de disponibilidad de los trabajadores ya presentes en el territorio italiano para ocupar ese puesto. Junto con la solicitud al “*Sportello único*”, el empleador debe presentar una propuesta de “contrato de permanencia” (“*proposta di contratto di soggiorno*”) al extranjero que se contratará, una propuesta que debe contener el compromiso del empleador de pagar los gastos del posible regreso al país de origen, la indicación del alojamiento en Italia para el extranjero y el compromiso de comunicar cualquier cambio relativo a la relación laboral.

Dentro de los 60 días posteriores a la solicitud, el “*nulla osta*” será liberado, previa consulta con las autoridades de seguridad pública (“*Questore*”) y siempre que se cumplan las cuotas de entrada y que las condiciones de trabajo sean acordes a las contenidas en el convenio colectivo laboral aplicable. Cuando se agotan las “cuotas de flujo”, los “*Sportelli unici*” tienen derecho a no considerar las solicitudes excedentes, sin tener que justificar la medida de rechazo. Cuando ha obtenido todos los documentos, el empleador requiere que el “*Sportello único*” los envíe a las representaciones diplomáticas u oficinas consulares del país de origen del extranjero, y el visado se expide finalmente a este último.

Solo cuando se haya emitido la visa, el extranjero podrá entrar en Italia y, dentro de los 8 días hábiles posteriores a su ingreso al país, tendrá que ir al “*Sportello único*” para firmar el “*contratto di soggiorno*”, condición para obtener un permiso de residencia (“*permesso di soggiorno*”), que permite a extranjeros no pertenecientes a la UE trabajar en Italia.

El *Texto único sobre inmigración* estipula que la duración del permiso de residencia para el trabajo es la establecida en el contrato de residencia (“*contratto di soggiorno*”, cfr. *supra*) y no puede en ningún caso exceder de: *a*) con respecto a uno o más contratos de trabajo estacionales, la duración de nueve meses; *b*) si es un trabajo de plazo fijo, un año; *c*) si

⁴ El “*nulla osta*” se rechaza si el empleador ha sido condenado por algunos delitos previstos en la ley durante los últimos cinco años, y también se rechaza - o, si ya se emitió, se revoca - si los documentos presentados se falsifican o se obtienen con fraude.

el contrato de trabajo es por tiempo indefinido, la duración de dos años. El extranjero no perteneciente a la UE, por lo tanto, hasta que obtenga una tarjeta de residencia permanente, debe renovar periódicamente el permiso de residencia.

Cuando se establece la relación de trabajo subordinada, incluso para los extranjeros no pertenecientes a la UE la legislación italiana prevé la aplicación del principio de igualdad de retribución y seguridad social (art. 37, par. 4, del *Texto único* d. lgs. n. 286/1998); además, todas las disposiciones que prohíben la discriminación por motivos de raza u origen nacional o étnico, según lo dispuesto en el art. 43 del mismo *Texto único*. En caso de infracciones, se prevén sanciones, también penales.

Hemos tratado aquí de esbozar brevemente las reglas generales para la entrada en Italia, por motivos de trabajo, de un extranjero no perteneciente a la UE. Como hemos visto, son reglas algo complejas y que vuelven a suponer que un extranjero que quiera venir a Italia para trabajar ya tenga un trabajo “en espera”. No es posible que los ciudadanos no pertenecientes a la UE, a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos de la UE, entren en Italia solo para “explorar” el mercado laboral con vistas a un futuro empleo: existe la necesidad de un trabajo que ya esté realmente disponible.

Por último, cabe señalar que, si un extranjero que ha entrado regularmente en Italia no solicita un permiso de residencia (o la renovación de este permiso) y concierta un contrato de trabajo, este contrato se considera nulo e inválido. Sin embargo, la condición de irregularidad puede ser corregida (art. 5, par. 5 del *Texto único*) y el extranjero podrá solicitar la renovación cuando demuestre que es dueño de una fuente de ingresos lícita, y siempre que la demora se deba a una “mera inercia de la persona interesada” y no a la necesidad de satisfacer requisitos que de otro modo faltan. En este caso, por lo tanto, el trabajador extracomunitario irregular puede “caer” dentro del sistema legal (y puede entrar en un contrato de trabajo).

3. Los mecanismos de protección para los trabajadores “extra-UE” que ingresaron en Italia de forma irregular y las medidas para contrarrestar la explotación laboral

La complejidad del “*iter*” previsto para la inmigración regular en Italia lleva a muchos extranjeros extracomunitarios a tratar de ingresar en el

país a través de rutas irregulares, lo que ayuda a alimentar el mercado paralelo de mano de obra negra/irregular y la economía sumergida, todavía muy floreciente (Calafà 2016 y 2012; Peruzzi 2015; Vettor 2014). El *status* de inmigrante irregular contribuye no solo a la precariedad de la posición del trabajador extranjero, sino también a la tasa de denuncias por explotación laboral, una tasa aún muy baja (Calafà 2015, 161).

El interés en la legislación laboral italiana por estas cuestiones, después de 1998 y la introducción del *Texto único*, está estrechamente relacionado con la evolución de la legislación penal sobre el trabajo irregular de los extranjeros, a su vez influenciada por la acción legislativa de la Unión Europea.

Por otro lado, como ha observado recientemente una autora, el aumento significativo de las sanciones penales – también tras la implementación de la Directiva Europea n° 2009/52 – y la actividad de inspección no parece proporcionar respuestas adecuadas a un problema que, en Italia, sigue siendo persistente y en muchos casos invisible (Calafà 2015, 165)⁵.

Este – al menos – parcial fracaso demuestra la necesidad de pasar de un “*law enforcement approach*” a una perspectiva más centrada en los derechos humanos fundamentales; la doctrina jurídica italiana más atenta hace hincapié en la necesidad de valorizar algunos aspectos cruciales (Calafà 2015, 168): a) la protección social como herramienta para la prevención del crimen, que en Italia también encuentra “caldo de cultivo” en la explotación de los trabajadores inmigrantes irregulares; b) mayores esfuerzos para la integración social de los extranjeros mediante la revisión de los mecanismos en el acceso al empleo, muy complicados y que a su vez generan irregularidades; c) una prevención más decisiva y severa de las formas de explotación laboral (no solo de los extranjeros), desafortunadamente no infrecuente en Italia, como indican las crónicas (Sciarrone 2014; De Martino, Lozito, Schiuma 2016).

El contrato de trabajo estipulado por el inmigrante que ha entrado en Italia irregularmente (o ha permanecido ilegalmente en el País una vez que ha expirado el permiso de residencia) es nulo, pero no es radicalmente

⁵ El autor ha observado que el tema de la migración resalta al derecho la existencia de un espacio entre la producción normativa y su aplicación práctica, donde emergen las áreas “grises”, las contradicciones y las lagunas en la misma regulación (Ambrosini 2013, pág. 22).

ilícito. Como la jurisprudencia del Tribunal de Casación italiano (*Corte di Cassazione*) enfatiza, la violación de las reglas de entrada no puede ignorar el contenido objetivo del trabajo: de hecho, sobre la base del art. 2126 del Código Civil italiano, el trabajador en cuestión tiene derecho a la remuneración; se ha observado con razón que la “racionalidad general del sistema” se vería comprometida si un empleador que infringiera las leyes de inmigración (contratando a un trabajador clandestino) se beneficiara de condiciones más favorables que las del empleador que observó la ley⁶. En cualquier caso, se observa con razón que el reconocimiento en este caso al extranjero de dicha protección se ajusta sin duda al principio establecido en el art. 2 del *Texto único* italiano, según el cual los extranjeros, independientemente de su permiso de residencia, pueden disfrutar de los derechos fundamentales previstos por las normas del derecho nacional, los convenios internacionales y los principios del derecho internacional reconocidos en general⁷.

Esta interpretación, seguida por el Tribunal Constitucional italiano (*Corte costituzionale*), ahora también está impuesta por el art. 6 de la Directiva Europea n° 52/2009, que establece que los Estados miembros deben garantizar que, por cualquier infracción del art. 3 de la misma Directiva, el empleador sea responsable del pago de los atrasos de la retribución a los nacionales de un tercer país ilegalmente empleado, así como de todos los impuestos y contribuciones a la Seguridad Social que el empleador pagaría en caso de un empleo con respeto a la ley. Finalmente, cabe señalar que la legislación italiana que transpone la Directiva n. 52/2009 (*Decreto legislativo* n° 109/2012) establece (art. 3) – a los fines de determinar la remuneración, la contribución y el tratamiento impositivo para el extranjero empleado ilegalmente – una presunción de duración relativa de la relación laboral de al menos tres meses.

⁶ C. Cass. 21 de septiembre 2015, n° 18540.

⁷ Por otro lado, esta interpretación es la única que parece ser consistente, además con el art. 2 de la Constitución italiana (sobre derechos humanos inviolables), también con el art. 9 del Convenio de la OIT no. 143/1975, que Italia ha ratificado con la ley no. 158 de 1981 y que compromete a los Estados contratantes a garantizar que los trabajadores migrantes irregulares deben tener garantizado una “igualdad de trato”, con respecto a los derechos derivados del empleo anterior, en materia de remuneración, seguridad social y otras facilitaciones (cfr. De Mozzi 2016, pág.421). Así también es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano (*Corte Costituzionale*): ver C. Cost. 25 de julio 2011, n° 245, y C. Cost. 8 de julio 2010, n° 249.

El empleador debe, por supuesto, aplicar al trabajador extranjero, aunque sea irregular, todas las normas sobre la protección de la salud y la seguridad en el trabajo. Sin embargo, en Italia hay muchas violaciones, y en lo que es una especie de mercado para el trabajo “paralelo” de extranjeros irregulares, un verdadero “mercado de los invisibles”, la intensificación de la dinámica competitiva “a la baja” entre los trabajadores causa consecuencias fácilmente imaginables sobre la (falta) protección de la salud y la seguridad de estos trabajadores, particularmente vulnerables (Nunin 2013 y 2017). Si el contexto general de referencia de la legislación italiana (véase el Decreto Legislativo n° 81/2008) sobre el tema de obligaciones y responsabilidades es suficientemente claro y definido, es lamentable observar que, como lo demuestran los datos (Inail 2016 y 2017), todavía hay grandes áreas de subestimación, falta de atención y negligencia en lo que respecta a prácticas organizativas y operativas concretas que deben tomarse para evaluar adecuadamente (y prevenir) la posible susceptibilidad al riesgo mayor y/o diferente para trabajadores migrantes; estas situaciones pueden determinar lagunas más o menos amplias en la evaluación del riesgo, la información y formación de estos trabajadores, que siempre se encuentran – salvo casos (raros) de eventos imprevisibles y/o inevitables – antes de un accidente en el trabajo.

Es bien conocida la persistencia de una clara segregación ocupacional de los trabajadores migrantes (y de los inmigrantes irregulares...), que se traduce también en una mayor concentración de estos últimos en el contexto de los “*Tres-D Empleos*”, es decir, puestos de trabajo “*dirty, dangerous, demanding*” (“sucios, peligrosos, pesados”), con una alta concentración en el sector agrícola y de la construcción, así como en el vasto conjunto de las tareas domésticas, que en Italia continúan recolectando una parte muy importante del trabajo negro/irregular/informal de los migrantes (y especialmente de mujeres).

Los datos recopilados por el INAIL (*Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*) confirman una vulnerabilidad específica y particular de los trabajadores migrantes en relación con los accidentes de trabajo (Inail 2016; Inail 2017; Nunin 2017); también se encuentran pruebas similares en otros contextos nacionales, como señalan los informes periódicos de la Agencia Europea EU-OSHA. En los últimos diez años, además, la situación se ha

vuelto aún más crítica, debido al impacto en estos trabajadores de la crisis económica, que sin duda ha acentuado la posición débil de ellos (Nunin 2017); todo esto, además, en un marco de una disminución general de la protección en el trabajo para todos (ciudadanos italianos y extranjeros), pero con una severidad adicional para los trabajadores migrantes, también a la luz de las tensiones cada vez más pronunciadas en los últimos años con respecto a las regulaciones y políticas relativas a la misma condición legal de los migrantes y a la su integración social y laboral.

De esta forma, ante el hecho de que estos trabajadores inmigrantes son irregulares, no solo los problemas que hemos citado, sino también las tensiones sociales se vuelven aún más graves.

4. Solicitantes de asilo y acceso al empleo

Una situación especial, con respecto al acceso al empleo, es la de los solicitantes de asilo, que se han vuelto cada vez más numerosos en Italia en los últimos años.

Si consideramos el período 2014-2016, que ha comenzado una nueva fase de los flujos migratorios a Europa, en Italia más de 500.000 inmigrantes llegaron por mar en tres años, más que el número de quienes llegaron en los 17 años anteriores. Entre el 1 de enero y el 30 de septiembre de 2017, según los datos del ACNUR, 104.949 inmigrantes desembarcaron en Italia⁸.

Como resultado, los migrantes que buscan asilo internacional y protección internacional han crecido significativamente, más de 270,000 en el período de tres años considerado; entre ellos, sin embargo, debe recordarse que también hay personas que han llegado a Italia en otras rutas terrestres o aéreas. En cuanto al resultado de las preguntas examinadas,

⁸ También los datos de 2017 confirman que son en su mayoría hombres a llegar a Italia (74%), con una proporción significativa de menores no acompañados. Los desembarques se distribuyen cada vez más en los puertos del sur de Italia como resultado del hecho de que en muchos casos los migrantes llegan a los buques de la Guardia Costera o las ONG involucradas en operaciones de rescate y luego en diferentes puertos. El 64% se encuentra en Sicilia (hasta hace unos meses esto era el 90%), el 20% en Calabria, seguido de Campania (6%), Puglia y Cerdeña (alrededor del 5% cada uno).

los datos disponibles muestran un punto importante: a medida que aumentan las solicitudes de asilo y de protección internacional, disminuye la proporción de quienes obtienen alguna forma de protección (como refugiados, subsidiaria o humanitaria). Según los datos del Ministerio del Interior italiano, se presentaron casi 84,000 solicitudes de asilo en 2015; en 2016 más de 126,000 (con un aumento del 47%): también cabe señalar que el 60% de las solicitudes de asilo examinadas por las autoridades italianas en 2016 han sido rechazadas y solo en el 5.5% de los casos los extranjeros han sido reconocidos como refugiados.

A los extranjeros que, al llegar a Italia, requieren el reconocimiento de la condición de refugiado o de la “protección subsidiaria”⁹, se concede un permiso de residencia de seis meses; un extranjero solo pueda trabajar sesenta días después de que se haya presentado la solicitud de asilo, si la solicitud aún no se ha examinado y la demora no puede ser atribuida al solicitante. Los tiempos para examinar las solicitudes en Italia lamentablemente todavía son muy largos; el impresionante número de solicitudes ha puesto a las autoridades administrativas en dificultades en los últimos años y, a menudo, pasan muchos meses antes de que se examine la solicitud de asilo.

Los problemas planteados por un número tan importante de solicitantes de asilo son muchos, y en gran parte siguen abiertos: no solo existe la dificultad de examinar las solicitudes de manera oportuna, lo que termina con las demandas de los extranjeros en una situación de gran incertidumbre por mucho tiempo, sino que también existe la circunstancia que, si se rechaza la solicitud de asilo, el extranjero ya no tiene acceso al trabajo regularizado, y por supuesto, a menudo termina cayendo en una situación de inmigración ilegal y alimentando al mercado de trabajo negro.

Estos problemas en el pasado han respondido con regularizaciones periódicas. Tal vez sería más apropiado permitir la entrada definitiva

⁹ De acuerdo con el art. 2, c. 1, e) del d. lgs. n° 251/2007 (emitido en aplicación de la Directiva de la UE n° 2004/83) un “refugiado” es un ciudadano extranjero (o un apátrida) que, por temor a la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un particular grupo social o opinión política está fuera del territorio de su País y no puede beneficiarse de la protección de ese País. En vez, la “protección subsidiaria” debe ser reconocida por un extranjero que, al regresar a su País de origen, corre el “riesgo real” de sufrir un daño grave (como muerte, tortura u otras formas de castigo inhumano o degradante, amenazas graves e individuales a la vida o a la persona), como resultado de la violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado.

en el empleo de los extranjeros que, antes del rechazo de la solicitud de asilo, han estipulado un contrato de trabajo válido, adecuado para asegurar la subsistencia.

Sin embargo, este tema aún no se ha resuelto y lo que está sucediendo es que el extranjero cuya solicitud de asilo político no es aceptada – en la dificultad de ver todas las medidas de expulsión tomadas – eventualmente “desaparecerá” en el área gris de la inmigración ilegal y el trabajo irregular, en espera de la próxima regularización.

5. Algunas observaciones finales

En las páginas anteriores hemos tratado de trazar rápidamente la legislación italiana compleja y articulada sobre el trabajo de los inmigrantes no pertenecientes a la UE. Creemos que todos los temas de una complicada regulación han surgido con suficiente evidencia; Italia, que durante mucho tiempo ha considerado la inmigración no comunitaria como una emergencia a manejar con herramientas excepcionales, tuvo por fin que considerar el carácter estructural de este fenómeno, que debe ser manejado con herramientas atentas a los problemas de integración social a largo plazo de los migrantes.

No hay duda de que la legislación italiana tiene salvaguardias importantes contra las posibles situaciones de explotación de los trabajadores inmigrantes, incluso en el caso de los inmigrantes irregulares. Sin embargo, lo que aún falta es la efectividad de las reglas legales. Incluso en casos de explotación muy grave, los trabajadores extranjeros irregulares normalmente no activan los mecanismos de protección judicial, por el temor de ser expulsados del territorio italiano. La jurisprudencia italiana se enfrenta cada vez más a estos problemas, en el contexto de la aplicación no “perfecta” en Italia de la Directiva Europea n. 09/52 (Calafà 2012; De Mozzi 2016); el Tribunal de Casación italiano sostuvo recientemente que una expulsión sería ilegal, sin que el ciudadano extranjero, víctima de explotación laboral, fuera informado de la posibilidad de solicitar protección internacional¹⁰.

¹⁰ C. Cass. 25 de marzo 2015, n° 5926. Ver también las disposiciones la Directiva n° 2013/32/UE.

Ya en los años Ochenta del siglo pasado, un gran estudioso del derecho del trabajo italiano, Giorgio Ghezzi, criticó el carácter casi “intersticial” de la regulación del trabajo de los extranjeros no comunitarios¹¹, dictada principalmente por los requisitos administrativos, en un sujeto, sin embargo, donde estas disposiciones administrativas (por ejemplo, sobre la entrada de extranjeros en Italia...) se entrelazan con las normas del derecho laboral y, más en general, las normas sobre los derechos humanos fundamentales.

En el futuro, la esperanza es que el legislador italiano, por una parte, no olvide la rigurosa reserva legal a que se refiere el art. 10 Cost., para evitar un excesivo poder discrecional por parte de las autoridades administrativas y, en segundo lugar, que cuide de una mayor eficacia de las normas, y en particular las de protección en términos de derechos humanos fundamentales, la única manera de garantizar la integración efectiva de los inmigrantes, ya sean migrantes “económicos” o refugiados, en la medida en que tal distinción todavía puede tener sentido, frente a las condiciones de pobreza extrema que hoy obligan a muchos a salir de su países.

El sindicato y la negociación colectiva también están llamados a desempeñar un papel importante en el apoyo a los procesos de integración de los extranjeros, en particular ayudando a combatir el fenómeno de la explotación laboral y la segregación laboral y social, y se puede decir que en Italia los sindicatos han estado y están firmemente comprometidos con estos temas.

Naturalmente, la cuestión de la movilidad “intraeuropea” para el trabajo de los migrantes no pertenecientes a la UE sigue abierta y sin resolver. Esto hace que sea más difícil la posición de esos países, como Italia, que por su posición geográfica se han convertido en un objetivo “privilegiado” de inmigración (incluso irregular) por razones económicas, frente a la oposición de varios miembros de la UE a una redistribución más equilibrada de los trabajadores migrantes (y también de los refugiados).

Sin embargo, este es un problema político que, desafortunadamente, no parece poder resolverse a corto plazo en este momento y, más bien,

¹¹ G. Ghezzi 1982, pág.195.

representa una amenaza para la “tenencia” de la UE, como lo demuestra el crecimiento en muchos países (incluyendo Italia) del consenso sobre fuerzas políticas abiertamente xenófobas y, al mismo tiempo, antieuropeístas.

Mientras escribimos, en Italia se aproximan las elecciones generales de 2018; la esperanza es que en el debate político se pueda abordar el problema de la integración social y laboral de los extranjeros como lo que es: un fenómeno estructural, complejo, ciertamente no fácil de gobernar, pero que, le guste o no, está inevitablemente destinado aún a crecer, tanto en el nuestro como en otros países europeos. No contrarrestar, en este asunto crucial, los temores (a menudo irracionales) alimentados por fuerzas xenófobas, sería un error político y prospectivo, no solo imperdonable, sino tal vez fatal.

Bibliografía

- AMBROSINI M. (2013), *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, Il Mulino.
- CALAFÀ L. (2012), *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, Il Mulino.
- (2015), voce *Lavoro degli stranieri*, en *Enciclopedia del Diritto, Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, pág. 593 y ss.
- (2016), *Lo sfruttamento lavorativo oltre le migrazioni: percorsi di ricerca*, en D. Gottardi (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Torino, Giappichelli, pág. 156 y ss.
- CHIAROMONTE W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli.
- COLUCCI M. (2008), *Lavoro in movimento. L'emigrazione italiana in Europa 1945- 1957*, Roma, Donzelli.
- DE MARTINO C., Lozito M., Schiuma D. (2016), *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, en *Lavoro e Diritto*, pág. 313 y ss.
- DE MOZZI B. (2016), *L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*, en Brollo M., Cester C., Menghini M. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT - Edizioni Università di Trieste, pág. 415 y ss.

- GHEZZI G. (1982), *Il lavoratore extracomunitario in Italia. Problemi giuridici e sindacali*, in *Politica del diritto*, XIII, pág. 195 y ss.
- INAIL (2016), *Salute e sicurezza in agricoltura. Un'indagine conoscitiva sui lavoratori immigrati*, <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-salute-sicurezza-agricoltura-indagine-conoscitiva-2016.pdf>.
- (2017), *Rapporto annuale 2017*, <http://www.inail.it>.
- MCBRITTON M. (2016), *Contrattazione collettiva e contrasto al lavoro immigrato irregolare*, en D. Gottardi (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Torino, Giappichelli, pág. 143 y ss.
- MONTANARI A. (2010), *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Padova, Cedam.
- NAPPI S. (2005), *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, Jovene.
- NUNIN R. (2013), *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati: profili regolativi e questioni ancora aperte a cinque anni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 81/2008*, en *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n. 4, pág. 76 y ss.
- (2017), *Salute e sicurezza sul lavoro: quali tutele per i lavoratori migranti*, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, I,
- PERUZZI M. (2015), *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, en *Diritti, lavori, mercati*, pág. 115 y ss.
- SCIARRONE R. (2014), *Mafie del nord. Strategie criminali e contesti lavorativi*, Roma, Donzelli.
- SORI E. (1979), *L'emigrazione italiana dall'Unità alla seconda guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino.
- STELLA G.A. (2002), *L'orda. Quando gli albanesi eravamo noi*, Milano, Rizzoli.
- Tursi A. (a cura di) (2005), *Lavoro e immigrazione*, Torino Giappichelli.
- Vettor T. (2014), *Cittadini extra UE. Accesso al lavoro, impiego irregolare e principio paritario*, en *Argomenti di Diritto del lavoro*, pág. 537 y ss.
- VISCOMI A. (1991), *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato: tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, ESI.



CONCLUSIONES GENERALES “MIGRACIONES Y SU TRANSVERSALIDAD”

M^a VALVANUZ PEÑA GARCÍA

Instituto universitario de investigación en estudios latinoamericanos “IELAT”

En primer termino, y expresando el parecer de todos los asistentes, dar las gracias al Comité Científico y Organizador de este V Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. A nivel particular, agradecer la invitación para hacerme cargo de las tareas de Relatoría y especialmente dar las gracias a la Dra. Dña. Martha Elisa Monsalve. También, reconocer el trabajo de las relatoras auxiliares, Maria Medina, Laura Pérez y Manuela Abeleira, por su labor estos días.

Va a ser, esta misión encomendada de relatoria, muy difícil por la calidad académica de los participantes, aun así, intentare glosar las principales conclusiones de este encuentro. Estos días, como indico en sus palabras de bienvenida el Vicedecano de la Universidad de Alcalá de Henares, D. Juan Antonio Bueno Delgado, se celebran bajo el lema de “potenciar un mundo de dignidad”

Las palabras que más se han repetido a lo largo de estas dos intensas jornadas, referidas a la migración, para definir esta, han sido la interdisciplinariedad, transversalidad y multiculturalidad. Se ha dicho que es un fenómeno global, poliédrico, palabras muy manidas actualmente, pero que se adecuan perfectamente a este Congreso, por las disciplinas y materias, que han sido expuestas.

Se han mencionado Constituciones, y Leyes, de las que deriva la regulación actual del fenómeno migratorio, desde la Ley de Maura de Emigración de 21 de Diciembre de 1907, antes de la cual, según expuso el profesor del Valle, no hubo derecho a emigrar, a la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. También se ha hecho un estudio jurisprudencial por parte de D. Fernando Valdés, que examino las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo partiendo del termino “Migración”, que es un termino, según ha indicado de gran amplitud, un contenedor donde entran un gran número de disciplinas jurídicas.

La política actual de emigración española parte del marco jurídico del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948, del artículo 19 de la CE de 1978, y de la Ley 40/2006, de 14 de Diciembre, según se nos ha dicho, lo cual no impide que se produzca una fractura entre política de empleo y emigración laboral.

La sociedad ha cambiado, ya no es homogénea (según la Dra. Mónica Arenas), no se pueden levantar muros ni políticas de contención.

La forma de acceso ordinario de los emigrantes al trabajo en España, es la regularización en origen o bien a través de puestos de difícil cobertura, o por arraigo, según indico Dña. M^a Belén Fernández. Ahora también, se puede llevar a cabo a través de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (Ley 14/2013 de 27 de septiembre) que pretende, como dijo el Profesor Maldonado, una internacionalización de la economía española y que también ha creado una política migratoria, defensiva y elitista.

Una vez que el emigrante en España accede al mercado laboral, es igual que un trabajador español, y si es un trabajador comunitario se puede llevar su prestación “a costas”, como indicó la profesora Viqueira Pérez, que propone, que debería llevarse a cabo una flexibilización para el cobro de las prestaciones de desempleo cuando se sale del territorio nacional. Hay que tender puentes jurídicos (como indicó el Dr. González Martínez) e ir de un sistema a otro, sin que por ello perdamos expectativas. El Derecho de la Seguridad Social, de los trabajadores emigrantes, (que es un derecho humano, como el de asilo, según expuso el Dr. Oscar Mateos,) indico la profesora

R. Yolanda Quintanilla, se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores inmigrantes y sus familias de 1990. En la actualidad, la protección de la Seguridad Social en Europa, esta regulada en dos Pactos de 2004 y dos del año 2009, legislación, que es necesario armonizar. El perfil de los emigrantes que salen de España, esta compuesto por inmigrantes que vuelven a su país de origen, con la “población de arrastre” (un nuevo termino que hemos aprendido estos días), y por jóvenes altamente cualificados. Toda esta situación legislativa y de realidad migratoria, nos conduce a una posibilidad, que se propone y que debería estudiarse, que es proteger estas situaciones, creando un sistema común de desempleo.

El inmigrante, que podemos definir, como “cualquier persona que cambia de espacio laboral por el motivo que sea”, tendría que tener (según la Profesora Alonso-Olea) un estatuto administrativo, nos falta un estatuto del ciudadano español en el extranjero.

Hay que tener en cuenta que el emigrante que vuelve, debe estar protegido, como indica el artículo 42 de la CE, es necesario hacer una política integral de retorno, aunque hay programas autonómicos, que establecen algunas medidas.

No hay que olvidar, que la emigración ha existido siempre, (como ha indicado el Profesor. Mateos de Cabo), ya que se encuentra recogido ya en el libro del Éxodo, que dijo “no maltrates ni oprimas al emigrante”, pero en actualmente, hay nuevos actores: ONG, redes, multinacionales, es un fenómeno cada vez mas tensionado, con predominio de movimientos transnacionales y desplazamientos voluntarios por causa de naturaleza económica. La emigración siempre tiene consecuencias económicas, tanto en el país de origen, como en el país de destino.

La situación cotidiana es la afluencia masiva a las costas de Italia y España, de inmigrantes que han convertido el Mar Mediterráneo, en lo que yo denomino “Tragedia Nostrum”.

Entre esas personas, vienen muchas, que lo que solicitan es asilo, pero las normas vigentes carecen de agilidad y facilitan el desplazamiento migratoria secundario, buscando el asilo más beneficioso.

La Agenda Europea sobre migración, que se suscribió el 13 de mayo de 2015, en Bruselas, esta llena de buenos propósitos, para salvar vidas en el mar, pero no se lleva a efecto.

También tenemos el Protocolo de Palermo, para la lucha contra la trata de blancas.

Estas oleadas de seres humanos, no nos pueden hacer olvidar, por su cotidianeidad, que el emigrante necesita de un trato humanitario, de respeto, de solidaridad, no hay que perder de vista, que es una persona que abandona todo, que es más vulnerable porque no esta en su tierra y que padece una vulnerabilidad situacional e individual. Si lo trasladamos a la mujer que emigra, la vulnerabilidad aumenta, como indico la profesora López Ibarra y la Dra. López Insua, que nos indico que la mujer emigrante, suelen ocupar los trabajos más carentes de derecho y más precarios.

En estas jornadas, hemos conocido la realidad de Uruguay, Argentina, Panamá, Venezuela, México, Colombia, Republica Dominicana, Italia y Rumania, sus fenómenos migratorios, así como la realidad de los niños que salen de México o lo atraviesan, saliendo de otros países del continente, en su viaje en busca de mejor vida hacia Estados Unidos.

Otro termino nuevo, que hemos aprendido, ha sido el de “migración bidireccional”, que nos explico el profesor mexicano De la Garza, referido a los desplazamientos diarios, que realizamos para acudir a nuestro puesto de trabajo y también la realidad del teletrabajo y la revolución digital. Nos han explicado también, el Convenio Multilateral Iberoamericano (aprobado en Santiago de Chile, en Noviembre de 2007 por doce países y en vigor desde el 1 de mayo de 2011), y la Profesora Gina Magnolia Riaño, nos indico que el mundo, es una historia de migraciones, y también nos hizo referencia al Instrumento Andino de Migración Laboral.

Otra expresión, que nos dio a conocer el profesor Fernández Orri-co, ha sido la de “envejecimiento activo”, que nos propone soluciones para el problema de sostenibilidad de las personas, ya que nos vemos abocados a seguir trabajando mas tiempo, como no alcancemos una mayor tasa de natalidad.

No hay que olvidar, como nos indico la Dra. Monsalve, el papel preponderante en esta materia de la OIT, a través de sus Acuerdos y Recomendaciones, sobre todo las número 86 y 195.

Nos traslada la preocupación por el futuro del trabajo: la aparición de nuevas tecnologías, el teletrabajo y las nuevas realidades que aun estar por venir. Asimismo, nos indico la gran responsabilidad que tienen los jóvenes en formación, de rescatar valores éticos y morales, no solo en la Universidad, en las aulas, que estas son solo el comienzo, sino que tienen en sus manos la tarea de construir un mundo mejor. También nos ha expuesto, que la migración, ha suscitado grandes fenómenos: las corrientes migratorias en Colombia, Venezuela, España y estados Unidos. Estas, han contribuido a una aumento de la tasa de natalidad y la importancia de la contribución de los emigrantes a la Seguridad Social, sin olvidar otros aspectos que enriquecen la cultura de los países de destino, con lo cual, me permito la licencia de calificar este Congreso, como muy “chévere”.

Para finalizar, mencionar al Cardenal Cisneros, bajo cuya atenta mirada con el cuadro que nos preside, hemos celebrado estas Jornadas. El pasado día 8 de noviembre, se cumplían 500 años de su fallecimiento y estaría orgulloso, que en esta Universidad que el fundo, se haya celebrado este Congreso y se encuentre la sede del Instituto Universitario de Investigación de Estudios Latinoamericanos. El Cardenal, supo ver que toda renovación empezaba por la educación y por eso fundo la Universidad de Alcalá de Henares, que es una de las Instituciones que más influido en la cultura española.

La universalidad de Alcalá, al ser la primera Universidad renacentista, humanista y universal y un puente, como expreso el profesor Del Valle, entre la Universidad española y americana, ha sido un marco incomparable para este Congreso.

Mañana, plantan un arce en un parque de Alcalá de Henares, en honor al Cardenal Cisneros, ese árbol, también tendrá el espíritu de lo aquí debatido en estos días: derechos humanos, emigración, trabajo, libertad, fronteras, inmigración, pobreza, asilo, refugio, desempleo, libertad, etc.; porque como dijo el Profesor venezolano D. Carlos Saiz, los profesionales del derecho del trabajo, como somos la mayoría de los que aquí nos encontramos y espero que lo serán algunos de la magnífica cantera de estudiantes que han acudido, debemos movernos por la justicia, porque el Derecho del Trabajo, según sus palabras “rejuvenece” y como expresó D. Pedro Pérez Herrero, Director de IELAT; construir un mundo más digno desde la investigación y la docencia es

nuestra tarea; porque el ser humano, es emigrante, desde el principio de los tiempos, y ya que como para el profesor López Ahumada, “nada es imposible”, para el laboralista, tampoco debería de serlo.

Nos vemos el próximo año en Granada.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| Presentación | |
| Gina Magnolia Riaño Barón Universidad | 33 |
| Controversias de la Regulación Jurídico-Política de la Actual Emigración Laboral Española, Luis Ángel Triguero Martínez, Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Titular de Universidad), Granada | 61 |
| Derechos Sociales de los refugiados y solicitantes de asilo en la Revisión del Sistema Europeo Común De Asilo, Dra. Thais Guerrero Padrón, Universidad De Cádiz | 93 |
| “La Protección Jurídica Frente Al Despido De Los Trabajadores Extranjeros no Comunitarios en El Ordenamiento Jurídico Español”, David Montoya Medina . . | 125 |
| “La Protección Laboral de los Trabajadores Migrantes En Uruguay: Perspectivas y Desafíos”, María Del Luján Charrutti Garcén, *Doctora rn Derecho Universidad De Castilla La Mancha, España. Doctora En Derecho y Ciencias Sociales Udelar Uruguay. Magister En Derecho | |

| | |
|---|-----|
| Del Trabajo y Seguridad Social Udelar Uruguay. Profesora Ayudante en Derecho del Trabajo y Seguridad Social Udelar Uruguay | 151 |
| “La Flexibilización Laboral como detonante del cambio en los Hábitos Migratorios En México”, Arturo De La Garza Coleman (México) Adjunto De La Rectoría Y Catedrático De Derecho Del Trabajo Individual, Colectivo Y Procesal En El Instituto De Posgrado En Derecho (México). Director Adjunto Del Despacho Martínez Y González Asociados, S.C. . . | 177 |
| “El Acceso Al Trabajo De Los Extranjeros En España Durante La Crisis Y La Especial Consideración En La Ley De Emprendedores A Un Nuevo Tipo De Inmigración”, M ^a Belén Fernández Collados, Profesora Titular De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social De La Universidad De Murcia | 201 |
| “Envejecimiento Activo Y Compatibilidad De La Pensión De Jubilación Con El Trabajo En El Ámbito Migratorio De La UE”, Fco. Javier Fernández Orrico, Profesor Titular De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández | 229 |
| “¿Qué Tutela Jurídico-Social Para La «Nueva» Emigración Laboral Española?”, José Antonio Fernández Avilés, Catedrático De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, Secretario Del Instituto De Migraciones, Universidad De Granada | 257 |
| “Migraciones, Derechos y Dignidad Humana”, Mónica Arenas Ramiro, Profesora Contratada Doctora De Derecho Constitucional, Universidad De Alcalá | 289 |
| “Derecho De Extranjería: Sus Implicaciones En El Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social”, Belén Alonso-Olea García ,Profesora Titular De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, Letrada De La Administración De La Seguridad Social. | 319 |
| “Los Derechos Humanos En La Deportación De Los Migrantes”, Arturo Martínez Y González (México), Titular De La Cátedra | |

| | |
|--|-----|
| De Derecho Del Trabajo, Universidad La Salle, México. Titular Del Despacho Martínez González Asociados, S.C. | 347 |
| “Migraciones Género: La Feminización De Las Migraciones”, Belén Del Mar López Insua, Profesora Audante Doctora De Derecho Del Trabajo De La Seguridad Social, Universidad De Granada. | 377 |
| “Igualdad Y No Discriminación De Los Trabajadores Migrantes”, J. Eduardo López Ahumada, Profesor Titular De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, Universidad De Alcalá | 407 |
| “Las Migraciones y La Robotización”, Dr. Carlos Sainz Muñoz, Venezuela | 441 |
| “La Protección Social De Los Extranjeros Víctimas De Trata De Seres Humanos”, Djamil Tony Kahale Carrillo, Profesor Titular, Universidad A Distancia De Madrid (UDIMA) | 463 |
| “Migraciones, Contrato De Trabajo Transnacional Y Nuevas Tecnologías”, Rolando Murgas Torrazza, Profesor Emérito De La Universidad De Panamá | 493 |
| “¿A Quiénes Benefician Las Migraciones?”, Miryam C. González Rabanal, Universidad Nacional De Educación A Distancia (Uned) | 511 |
| “Quiebra Del Principio Lex Loci Laboris En Los Movimientos Migratorios”, José Antonio González Martínez, Profesor Asociado De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, (Acreditado Contratado Doctor) Universidad De Alicante, E. U. Relaciones Laborales (Elda), Centro Adscrito | 541 |
| “Inmigrantes De Interés Económico, Juan Pablo Maldonado Montoya. Profesor Titular Universidad CEU San Pablo, CEU Universities | 555 |
| “El Nuevo Modelo Español De Movilidad Internacional: Un Impulso A La Competitividad”, Aránzazu Roldán Martínez, Profesora De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, Universidad Europea De Madrid | 583 |
| Migración: Breves Reflexiones Sobre La Relación Jurídica Que Vincula Al Estado Mexicano, Con Sus “Trabajadores” | |

| | |
|--|-----|
| De Confianza, Luis Gerardo De La Peña Gutierrez, Magistrado Presidente Del Tribunal Federal De Conciliación Y Arbitraje. (México) | 617 |
| “Migración Laboral, Una Perspectiva Jurídica: El Caso De Colombia”, Camilo Piedrahita Vargas. Decano Escuela De Derecho De La Universidad Eafit Colombia. Abogado Universidad De Medellín | 645 |
| “Migración, Libertad De Circulación Y Factor Religioso En Europa”, Santiago Catalá, Universidad De Castilla-La Mancha | 657 |
| “El Estado. Rol Protagonico En La Generación De Trabajo De Los Migrantes Y Su Inserción En La Sociedad”, Prof. Ab. José A Torres Brizuela. | 685 |
| “Trabajo Y Migraciones”, Martha Monsalve | 707 |
| “Las Migraciones Laborales Y La Seguridad Social En El Ámbito Jurídico Internacional Y Comunitario”, Raquel Yolanda Quintanilla Navarro. Profesora Titular De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social De La Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. | 723 |
| “La Asistencia Sanitaria De Las Personas En Situación Irregular”, Francisco A. González Díaz, Profesor Titular De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, Universidad De Murcia | 741 |
| “El Principio De Libertad De Circulación ¿En Crisis?”, María Cristina Polo Sánchez, Profesora Titular De Derecho Del Trabajo, Universidad De Salamanca | 769 |
| “La Migración Interna y Su Incidencia En La Seguridad Social En Colombia”, Billy Escobar Pérez | 799 |
| “Protección Social Para Los Migrantes”, Prof. Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Doctor Cum Laude En Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social Por La Universidad San Pablo-Ceu De Madrid, España. Maestro Emérito De La Universidad De Guadalajara (México), y Coordinador De Su Doctorado En Derecho | 817 |
| “Luces Y Sombras De La Política De Retorno De Emigrantes Españoles,” Manuela Durán Bernardino, Profesora Ayudante | |

| | |
|---|-----|
| Doctor Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social. Universidad De Granada | 839 |
| “El Derecho De Asilo y La Protección Subsidiaria En El Derecho Internacional y En La Legislación Española”, Oscar Ignacio Mateos De Cabo, Profesor Titular De Derecho Constitucional Urjc . . . | 869 |
| “Trabajadores Migrantes En México y La Efectividad De Los Derechos Laborales Fundamentales, Alfredo Sánchez-Castañeda, Investigador Del Instituto De Investigaciones Jurídicas De La Unam Y Defensor De Los Derechos Universitarios En La Misma Universidad | 903 |
| “Inmigrantes, Integración, Trabajo: Algunas Reflexiones Desde La Perspectiva Italiana”, Roberta Nunin, Professoressa Associata Di Diritto Del Lavoro, Università Di Trieste | 933 |



