

CRÓNICA DEL XII CONGRESO NACIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

“DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA”

Los pasados días 8 y 9 de junio de 2001 en la ciudad de Santander, ha tenido lugar la celebración del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en colaboración con la Universidad de Cantabria. En esta ocasión las sesiones del congreso giraron en torno a la regulación de los Derechos y Libertades de los ciudadanos extranjeros en nuestro país, materia de excepcional actualidad social y jurídica, que sin duda hará buenos los pronósticos que la sitúan como una de las principales preocupaciones del Derecho del trabajo del nuevo siglo. Con ello, creemos que la elección del tema objeto de estudio y discusión, no precisa justificación alguna, especialmente si atendemos al debate político y doctrinal que ha suscitado la controvertida aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la posterior reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante, LOE, para hacer referencia a la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2000).

Las sesiones del Congreso se desarrollaron alrededor de una Ponencia General que bajo el título “El Derecho del Trabajo y los Inmigrantes Extranjeros”, expuso el profesor Dr. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, y tres ponencias temáticas. La Ponencia I, realizada por el profesor Dr. Cristóbal Molina Navarrete titulada “Las formas de tutela del Estatuto Jurídico de los trabajadores inmigrantes: Avances y retrocesos”; la Ponencia II, a cargo de la profesora Dra. Margarita Isabel Ramos Quintero, titulada “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: Situaciones administrativas y posición jurídica”; y finalmente, la Ponencia III, elaborada por el profesor Dr. Jesús R. Mercader Uguina, que estudiaba “La protección social de los trabajadores extranjeros”. Los estudios presentados se completaron con un alto número de Comunicaciones sobre los más variados aspectos de la regulación jurídica del fenómeno inmigratorio en nuestro país.

La Ponencia General realizada por el profesor Dr. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer realiza un recorrido por el conjunto de los aspectos que desde la perspectiva jurídico-laboral afectan al fenómeno migratorio, partien-

* Realizada por Rafael Gómez Gordillo, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

do de la regulación internacional y el marco constitucional español para finalizar analizando los efectos de la falta de permiso sobre la relación de trabajo. El ponente recuerda que aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce la libertad de emigrar no existe un correlativo derecho a la inmigración. La facultad de establecer controles y limitaciones a la entrada y residencia de los extranjeros, ha sido considerada tradicionalmente parte del ejercicio de la soberanía de los estados, por razones de seguridad pública y de protección de la mano de obra nacional. Es ésta la línea seguida por la Constitución española en la que no se aborda de manera directa este fenómeno, a pesar de ello se recuerda que tanto las políticas de extranjería como las de inmigración quedan fuertemente condicionadas por el marco constitucional y por los tratados internacionales de aplicación. Por tanto el inmigrante gozará de una serie de derechos constitucionales en virtud de un triple status: como persona, como extranjero residente y como trabajador. Así los extranjeros en nuestro país serán titulares de los derechos inherentes al ser humano, imprescindibles para garantizar su dignidad, que como dice el artículo 10.1 CE, constituyen el fundamento del orden político. Si tradicionalmente el derecho de extranjería ha dado prevalencia al principio “realista” de soberanía nacional, el desarrollo del estado social y de la normativa internacional sobre derechos humanos está invirtiendo la tendencia en favor del principio “universalista” que propugna la igualdad entre los seres humanos. Para el autor, fruto de este mutuo condicionamiento se producen tensiones entre los objetivos de seguridad y de política económica, cuya defensa se encomienda al derecho de extranjería, y los objetivos de protección e integración social. En este contexto, para el inmigrante la realización de una prestación laboral se convierte en la puerta de acceso a los derechos sociales, que a su vez, se convierten en elementos indispensables para alcanzar la integración social. Aunque no exista un mandato constitucional que imponga la igualdad de trato con los españoles, el principio reconocido en el artículo 14 CE debe ser respetado en las diferenciaciones de trato entre trabajadores españoles y trabajadores extranjeros.

Recuerda el ponente como la Ley Orgánica 7/1985 fue la primera en establecer una regulación sistemática y completa, que la convierte en una norma para la inmigración, que ordenaba el régimen de entrada, permanencia y salida de los inmigrantes, y el procedimiento de concesión de permisos de residencia y trabajo. La evolución del fenómeno migratorio ha mostrado las insuficiencias de aquel marco normativo. Por otra parte, los compromisos adquiridos por los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia condicionaban el sentido de la necesaria reforma. La precitada política comunitaria se sustenta en dos principios: por un lado, la limitación de acceso al mercado de trabajo a ciudadanos de terceros países; por otro, la integración de los trabajadores de terceros países legalmente instalados en el territorio de los Estados miembros. La tarea reformadora es asumida por la Ley Orgánica

4/2000 que suponía un notable cambio de enfoque en el tratamiento del fenómeno migratorio, pues regulaba una serie de derechos civiles, económicos y sociales, a favor de uno de los colectivos más débiles de nuestra escala social, que mejoraban considerablemente su status jurídico respecto de la regulación precedente. Por su parte, la Ley Orgánica 8/2000 se propone rectificar los “excesos” de generosidad que se imputaban a la regulación precedente, poniendo mayor atención en el control de los flujos migratorios que en garantizar los derechos de los inmigrantes, en la represión de las situaciones de irregularidad que en su regularización.

Sin embargo, la LO 8/2000 no ha suprimido el amplio reconocimiento de derechos al extranjero, y en particular al inmigrante en situación regular, aunque se reconoce que se trata de una norma represiva de la inmigración ilegal, que afecta tanto a las medidas sancionatorias como a las libertades civiles y políticas del inmigrante irregular. Esta tendencia se manifiesta en diversos aspectos que han sido objeto de reforma sobre los que el autor pasa revista, buena muestra de ellos pueden ser el restablecimiento de la sanción de expulsión para el extranjero que se encuentra en situación irregular, las mayores facilidades otorgadas a las autoridades gubernativas para que lleven a cabo inmediatamente la ejecución de la misma, el endurecimiento del régimen de concesión de visados, la ampliación del espacio de discrecionalidad en la concesión de éstos, las mayores dificultades que deberá solventar el trabajador inmigrante para conseguir la reagrupación familiar, y la reducción de las excepciones a la exigencia del permiso de trabajo. Este minucioso análisis conduce al autor a concluir que la reforma normativa beneficia a los inmigrantes regulares, mientras que “los inmigrantes ilegales en la nueva Ley poco tienen que contar”¹.

Dando por sentado que el marco legal vigente permite la aplicabilidad del principio de paridad de trato con los nacionales respecto de las condiciones de trabajo, que debe presidir la relación laboral del trabajador extranjero, a pesar de las modificaciones introducidas por la LO 8/2000, el ponente se detiene a estudiar los derechos colectivos de los inmigrantes. Partiendo del reconocimiento que de los derechos de expresión y movilización colectiva hace la CE para todas las personas y de la importancia que los mismos tienen para la legítima defensa de sus derechos e intereses, critica por inútil e inconstitucional las limitaciones a los mismos introducidas por la LO 8/2000, que reducen la libertad de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga a los extranjeros que “tengan autorización de estancia o residencia en España”.

Por lo que respecta a las materias relacionadas con el sistema de Seguridad Social, el autor recuerda que el régimen anterior a la Ley 4/2000 establecía la igualdad de trato, para los extranjeros residentes legales en nuestro país, res-

¹ Cita para ello la expresión usada por RAMOS QUINTANA, M.I., “Trabajadores extranjeros e integración social”.

pecto del acceso a prestaciones contributivas. El derecho a prestaciones no contributivas sólo se reconocía a los residentes legales, hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos. Para los nacionales de otros países se aplicaban criterios de reciprocidad. Las modificaciones introducidas por la reforma permiten el acceso de los residentes legales al conjunto de la acción protectora dispensada por el sistema de seguridad social, incluyendo prestaciones contributivas y no contributivas, e incluso a la Seguridad Social complementaria. Los extranjeros que se encuentren en nuestro país irregularmente tendrán derecho a hacer uso de los servicios sociales y de las prestaciones básicas, manteniéndose también respecto de éstos el criterio jurisprudencial de protección frente a las contingencias profesionales.

A cargo del profesor Dr. Cristóbal Molina Navarrete, la ponencia I analizaba los avances y retrocesos que la reforma normativa ha operado sobre las formas de tutela del estatuto jurídico de los trabajadores inmigrantes. Muy crítico con la regulación anterior, el autor denuncia la tradición normativa en materia de extranjería caracterizada por ser un ámbito inflacionario en lo legislativo y deficitario en lo jurídico. Se constata el nuevo rumbo iniciado con la LO 4/2000, que adoptaba una perspectiva socioeconómica del problema y ponía en juego medidas de integración para los inmigrantes irregulares, frente al retorno al modelo anterior protagonizado por la LO 8/2000, que resuscitaba el procedimiento de expulsión como medida preferente contra la inmigración ilegal. Se adopta por ello, un punto el punto de vista de las garantías de las personas inmigrantes para el estudio del nuevo régimen jurídico, recorriendo tanto las definidas como garantías primarias (consecuencias de la garantía constitucional de los derechos), como las calificadas de secundarias (derivadas del régimen sancionador previsto en esta materia).

El ponente califica positivamente que la LOE dedique un Capítulo específico a la proclamación de las garantías jurídicas otorgadas a los extranjeros para la tutela de sus derechos, al tiempo que muestra su preocupación por las restricciones introducidas por la LO 8/2000. En relación a las garantías previstas por los procedimientos administrativos, se pone de manifiesto la injustificada reducción de garantías en materia de motivación de las resoluciones en materia de concesión de visados, se califica de draconiano el procedimiento preferente para la expulsión, y se critica la previsión que permite denegar mediante silencio administrativo solicitudes iniciales de permisos de residencia y trabajo. Con respecto a las garantías de tutela judicial efectiva, y después de recordar las resistencias sufridas para la realización de esta garantía fundamental del Estado de Derecho en el ámbito de la extranjería, se enuncia el principio reconocido en el artículo 20.1 LOE conforme al cual todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, gozarán del derecho a la tutela judicial efectiva. Al tiempo se valora negativamente, algunas significativas distinciones que permite la norma respecto de aspectos relacionados con el ejercicio de este derecho fundamental, como la limitación de

la asistencia jurídica gratuita a la que tendrán acceso sólo los inmigrantes residentes o la restrictiva regulación de las posibilidades de intervención de las organizaciones representativas de los inmigrantes en los procedimientos administrativos.

En opinión del autor, el régimen administrativo sancionador que resultaba de la LO 4/2000 se caracterizaba por un cambio de la lógica inspiradora del mismo, pasando de las medidas de expulsión a procesos de regularización y de la persecución de la víctima, el inmigrante ilegal, al endurecimiento de las sanciones contra las redes organizadas de tráfico de mano de obra. La LO 8/2000 habría contribuido a diluir la presencia de los anteriores criterios, causando problemas de falta de coherencia y coordinación entre los regímenes sancionadores laboral, administrativo y penal. Por otra parte no han sido solucionados todos los problemas interpretativos consecuencia de la deficiente técnica jurídica que ya habían sido criticados en la LO 4/2000 (reintroducción de un procedimiento preferente de expulsión, amplios márgenes de discrecionalidad, destipificación de la entrada ilegal consumada como supuesto de expulsión). El autor reconoce que las modificaciones introducidas por la LO 8/2000 han resuelto algunos problemas interpretativos y de aplicación, pero también señala que al mismo tiempo genera otros nuevos y vuelve a abrir algunas polémicas que tienen su origen en la deficiente técnica de la normativa anterior. En materia sancionadora se avala la tesis del desplazamiento del precepto laboral por la norma de extranjería, correspondiendo la aplicación de los tipos previstos en ésta última a las infracciones cometidas en materia de trabajo de extranjeros, en detrimento de la aplicación de la TRLISOS.

La profesora Dra. Margarita Isabel Ramos Quintana abordó el estudio de la posición jurídica y las situaciones administrativas en la que pueden encontrarse los trabajadores extracomunitarios, en aplicación del régimen jurídico vigente tras la reforma realizada el pasado mes de diciembre. La autora recuerda cómo la realidad diversa y plural que constituye en la actualidad el fenómeno de la inmigración, no es más que la manifestación más actualizada de la historia “más antigua del mundo: el encuentro con el otro”². El fenómeno se caracteriza por la irrupción en los países desarrollados de ciudadanos que tienen su origen en países pobres, personas que persiguen un objetivo tan digno e intrínseco al ser humano como el deseo de progreso. Este deseo puede estar poniendo en tela de juicio las más asentadas teorías políticas del Derecho, del Estado y de la ciudadanía. A pesar de lo que pudiera constituir un sentimiento generalizado, en opinión de la autora, el auge del fenómeno migratorio durante el pasado siglo responde en menor medida a la situación

² Utilizando la expresión acuñada por GAETA L. “Derecho del trabajo y alteridad, figuras de la diversidad y modelos culturales” en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador* (coord.. J. LÓPEZ LÓPEZ), Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 217.

en la que se encuentran los países de origen; por el contrario, las razones que explican el progresivo crecimiento del número de personas que recorren el globo en dirección norte, para buscar un empleo que les permita mejorar su nivel de vida, debemos buscarlas en el aumento progresivo del bienestar de los países de acogida. Junto a ello, coexisten otras causas de evidencia diversa: el descenso de la natalidad en los países europeos, los mayores niveles de formación y cualificación profesional de los nacionales de estos países, el desplazamiento de los trabajadores nacionales desde el sector agrícola o industrial hacia el sector servicios, la liberalización a escala mundial del comercio y la supresión de restricciones a los movimientos de capitales, el desmantelamiento y supuesta crisis del Estado de bienestar que sitúa a los inmigrantes en el extremo final de la escala social. Ante esta realidad, y puesto que el primer objetivo de los inmigrantes es encontrar un empleo, no puede negarse la conexión directa entre el Derecho del trabajo y el fenómeno migratorio, disciplina que por razones históricas ocupa una posición privilegiada para aportar soluciones compensatorias que puedan mitigar las graves desigualdades económicas y sociales que sufre el trabajador inmigrante.

Una vez aceptado que corresponde al Derecho del trabajo la regulación del estatuto jurídico del trabajador inmigrante, el estudio de esta realidad puede realizarse desde varias perspectivas: las dificultades de articulación de los intereses de un colectivo especialmente débil y el impacto que la presencia de éste produce en el mercado de trabajo; la ruptura de la tradicional relación desarrollo económico y mejora de las condiciones de vida producida por la actuación de las leyes del mercado que generan desigualdades de diversa índole; las dificultades para conseguir una verdadera integración social de estos colectivos. Pero a pesar de todas las razones anteriormente expuestas, la virtualidad del Derecho del trabajo no se va a manifestar en ellas, por el contrario, la razón principal será que la posibilidad de ocupar un puesto de trabajo en nuestro país, ha pasado a erigirse en condición *sine qua non* para que los inmigrantes puedan disfrutar de un ramillete de derechos y libertades que de otra manera le serían negados.

La Ley 4/2000 pretendía establecer un amplio marco de derechos para los extranjeros desarrollando las posibilidades ofrecidas por el artículo 13.1 de la Constitución española, desde el que fuera posible luchar de manera efectiva contra la estancia irregular de inmigrantes en nuestro país alternando diversas perspectivas: mediante el establecimiento del contingente de extranjeros que pueden acceder por vía legal, dificultando la pérdida de situaciones de legalidad, estableciendo fuertes sanciones para las conductas relacionadas con el tráfico ilegal, abriendo un proceso de regularización de carácter general o estable, y suprimiendo la expulsión como medida sancionadora para los extranjeros que realizan un prestación laboral sin permiso de trabajo. Finalmente se reduce el margen de discrecionalidad de las actuaciones administrativas estableciendo medidas de garantías y de tutela, mejorando el dere-

cho a la asistencia jurídica gratuita, el sistema de recursos, la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, etc. Frente a ella, la LOE retorna a la fórmula de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, distinguiendo entre residentes legales e ilegales y suprimiendo casi en su totalidad los derechos mínimos que para estos últimos establecía la Ley 4/2000. Se produce también un debilitamiento de la posición jurídica del extranjero por disminución de las garantías jurídicas, como la ausencia de motivación de la denegación de visados en determinados supuestos, o el abandono de la preceptiva asistencia letrada en pleitos que pueden concluir con la salida forzosa del territorio español. Por último, como demostración de los elementos restrictivos que sobre el régimen anterior incorpora la reforma, la autora hace mención expresa de la configuración de determinados procedimientos sancionadores con carácter sumario, y la vuelta a los procedimientos de expulsión sometidos a un régimen excepcional de ejecutividad.

Para la profesora Ramos Quintana, la regulación de las posibilidades de acceso al territorio nacional, heredera de la tradición inaugurada por la Ley Orgánica 7/1985 elaborada bajo criterios de recelo y desconfianza, pretende someter a control los movimientos migratorios, convirtiendo con carácter general el visado en requisito indispensable para acceder a nuestro país, requisito que cobra una importancia singular si atendemos a la excepcionalidad de la obligación de motivar la denegación del visado, lo que constituye una criticable separación del régimen administrativo común. Por lo que respecta a la regulación de la salida del territorio nacional, la nueva normativa diferencia entre salidas voluntarias y obligatorias, estableciendo además algunos supuestos de prohibiciones de salida, entre los que se contienen importantes restricciones al derecho de libre circulación. Por su parte, la regulación de la residencia de los inmigrantes en España se basa en un modelo que descansa en la falsa hipótesis de que los extranjeros llegan a nuestro país provistos de una oferta de trabajo y una vez realizado regresan a su país de origen. De esta manera, si no se produce un cambio de orientación en la regulación de los permisos de trabajo, de nada servirá mejorar el control de la entrada de los inmigrantes o la apertura de nuevos procesos de regularización, porque es el propio modelo basado en la necesidad de obtener una autorización administrativa para trabajar el que conduce a situaciones de irregularidad sobrevenida según demuestra la autora. Se critica también por perturbadora la vinculación de autorizaciones de residencia y permisos de trabajo, a pesar de que la nueva ordenación ha pretendido evitar las distorsiones que la simultaneidad entre ambas autorizaciones provoca, la cruda realidad es que el endurecimiento de los requisitos de autorización de la entrada, la residencia y el trabajo, provoca un aumento del número de inmigrantes en situación irregular, tanto de quienes entran en nuestro país sin cumplir los requisitos legales, como de aquellos otros que haciéndolo de manera regular, han perdido con posterioridad tal condición.

Se propone la reconsideración del paradigma, generalmente aceptado tras la afirmación en su momento realizada por el Tribunal Constitucional, según el cual “no existe Tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo”, que deberá ser reformulado a la luz de las transformaciones sociales producidas por la generalización de los flujos migratorios. Así lo demandarían entre otros argumentos: la necesidad de potenciar los valores igualdad y solidaridad, la consideración de los derechos sociales como condición básica para el desarrollo de los derechos fundamentales y la estrecha relación entre el derecho al trabajo y el derecho a la dignidad de la persona. Por lo que respecta al complejo procedimiento de concesión del permiso de trabajo, la autora destaca dos aspectos de preocupación: En primer lugar, la frágil posición del trabajador inmigrante que puede ser sancionado con la expulsión del territorio nacional por trabajar sin permiso, aunque la obligación de solicitar ante la autoridad competente el permiso de trabajo de éste, corresponda al empresario que le contrata; en segundo lugar, se destaca la falta de idoneidad de los trasvases de competencias laborales a la autoridad gubernativa, detrás de la cual pudiera esconderse el predominio de los criterios de control de los movimientos migratorios sobre los estrictamente derivados de las necesidades del mercado de trabajo, en la concesión de permisos de trabajo.

En relación a los efectos que la inexistencia de permiso de trabajo produce sobre el contrato de trabajo, tema objeto de prolongados e intensos debates en el seno de la Comisión de Trabajo, la profesora Ramos Quintana defiende la reconsideración de la ya tradicional tesis de la nulidad del contrato, sobre la base de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000 en el actual apartado segundo del artículo 36.3., que establece: “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador”. Tras enumerar diversas interpretaciones realizadas por la doctrina, concluye proponiendo la ruptura con la tesis tradicional que considera nulo el contrato de trabajo celebrado sin permiso, para reconocer todos los derechos que asisten al trabajador derivados de cualquier relación de trabajo.

Por su parte, la ponente se manifiesta a favor de atribuir a las Comunidades Autónomas las facultades de concesión de permisos de trabajo, una vez que se ha considerado esta competencia como acto de naturaleza jurídico-laboral y de carácter ejecutivo. Confía en que esta posibilidad tendría efectos positivos, facilitando la efectiva colocación de estos trabajadores y proporcionaría mejores cauces jurídicos para controlar las condiciones de contratación. La ponencia concluye lanzando un propuesta radicalmente diversa a la tradición normativa nacional: “La innecesariedad de autorización para trabajar, desde una perspectiva de futuro”, desde la perplejidad que supone la generalizada defensa de la libertad de fronteras para la circulación de capitales, de bienes, de servicios, frente a las limitaciones al libre acceso al trabajo.

La ponencia III, a cargo del profesor Jesús R. Mercader Uguina, estudia la regulación normativa vigente sobre protección social de los trabajadores inmigrantes en nuestro país (subsistema contributivo, no contributivo y asistencial), tanto desde el punto de vista de la aplicación del marco normativo comunitario, como desde la perspectiva del derecho interno. El autor comienza su análisis afirmando el efecto positivo de la inmigración sobre sistema de seguridad social, pues según parecen demostrar los estudios económicos³, por razones de diversa índole, el colectivo de inmigrantes como media paga mayor cantidad de impuestos y consume menos servicios públicos que la media de ciudadanos nacionales. Con la integración de nuestro país en la Unión Europea, se produce un desplazamiento del concepto extranjero, dentro del cual debemos diferenciar entre ciudadanos de la Unión, y ciudadanos de terceros países. La aplicación de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social contenidas en el Reglamento CE 1408/1971 queda limitada a los primeros, mientras los últimos recibirán un tratamiento diferenciado en función de su nacionalidad. Los Estados pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Cambio gozarán de un régimen privilegiado y muy similar al aplicable a los nacionales de los Estados miembros. Los nacionales del resto de los Estados estarán sometidos a las regulaciones previstas en los respectivos Acuerdos de Asociación y Cooperación con terceros Estados, especial atención se presta al Convenio de Asociación con Turquía y el firmado con los países del Magreb.

Respecto del sistema interno de protección social se recuerda cómo los instrumentos internacionales sitúan al derecho a la Seguridad Social entre los derechos de la persona, vinculado a su dignidad, entendida como el derecho de todos los hombres y las mujeres a un trato acorde a su condición de persona. Esta orientación universalista y generalizadora es la atmósfera que respira el marco constitucional español. A pesar de ello, la falta de uniformidad de la regulación aplicable, nos obliga a un estudio diferenciado del grado de integración de los inmigrantes en los diferentes subsistemas que a su vez componen el Sistema de Seguridad Social.

En palabras del profesor Mercader Uguina, el permiso de trabajo se convierte en una insoslayable exigencia para el acceso de los inmigrantes al subsistema contributivo de Seguridad Social. Así lo establece la normativa reglamentaria que en los supuestos de solicitud de alta o afiliación de trabajadores extranjeros, exige acompañar aquella de la correspondiente copia del permiso de trabajo. La administración española considerará nulas las afiliaciones y altas de extranjeros producidas sin el cumplimiento del requisito

³ Para ello recurre a diversos estudios, entre otros, SIMON J.L., "Sobre las consecuencias económicas de la inmigración: lecciones para las políticas de inmigración", en MALGESINI G. (Comp.), Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial, Barcelona Icaria/Fundación Hogar del Empleado, 1998, p. 280.

anterior. El autor considera íntimamente ligado a esta cuestión el problema de la cotización de los trabajadores irregulares, sobre el que se mantienen diversos criterios jurisprudenciales entre órdenes jurisdiccionales distintos. La ponencia defiende que la ausencia de afiliación y alta debe conllevar la falta de cotización, pues el extranjero irregular no genera derechos ni obligaciones para el empresario que lo emplee en materia de Seguridad Social. Por el contrario, frente a las contingencias profesionales los trabajadores irregulares gozarán de protección a pesar de carecer de permiso de trabajo, solución que es fruto de una larga tradición en el Derecho internacional y en el derecho interno. Tampoco existe unanimidad en nuestros tribunales respecto de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones por contingencias profesionales cuando el trabajador que las reclama se encuentra en situación irregular. Pero el elemento extranjero se va a proyectar también sobre el régimen aplicable a determinadas prestaciones. Buen exponente de esta afirmación sería la prestación por hijo a cargo en su modalidad contributiva, para cuya concesión se exige que el causante se encuentre a cargo del beneficiario. En supuestos de falta de convivencia entre los trabajadores inmigrantes y sus hijos, la jurisprudencia viene realizando interpretaciones flexibles que reconocen el derecho a este tipo de prestaciones en razón a la dependencia económica de los hijos y al mantenimiento de relaciones afectivas y obligaciones legales respecto de aquellos, aunque por razones justificadas no sea posible la convivencia física entre padres e hijos. Respecto de la protección por desempleo, puesto que para tener derecho a la misma es requisito ser desempleado, aquellos extranjeros que no cuenten con permiso de residencia, y por tanto no puedan permanecer en nuestro país ni buscar trabajo, no podrán acceder a este tipo de prestaciones. En diferente situación se encontrarían los extranjeros que sin poseer permiso de trabajo tienen permiso de residencia, pues pueden permanecer en nuestro territorio y buscar trabajo. El autor relaciona diferentes líneas interpretativas entre las que parece consolidarse la que defiende el reconocimiento de la prestación por desempleo de aquellos inmigrantes que posean permiso de residencia, pues éste permite a los trabajadores inmigrantes permanecer en España y buscar un nuevo trabajo, y todo ello a pesar de que en el momento de la solicitud carezca de permiso de trabajo. Esta línea jurisprudencial parece haber quedado consolidada con la nueva regulación, al considerar automática la renovación del permiso de trabajo cuando el extranjero estuviera percibiendo la prestación contributiva por desempleo y durante el tiempo de duración de la misma.

El subsistema no contributivo de la Seguridad Social es definido como un sistema complementario de protección, que pretende cubrir de manera universal las situaciones de necesidad de los sectores de la población que no pueden acceder al sistema contributivo, situación en la que pueden encontrarse un buen número de trabajadores extranjeros, poniendo de manifiesto las inevitables tensiones entre el equilibrio financiero y la universalidad. Si bien se argu-

menta que la participación impositiva de los inmigrantes en el sostenimiento y crecimiento de la riqueza nacional les haría legítimos beneficiarios de este tipo de prestaciones, la posibilidad de acceder a estas prestaciones se ha venido condicionando a las estipulaciones sobre la materia previstas en los correspondientes Convenios Bilaterales. Con la LOE se extiende el campo de aplicación del conjunto del Sistema de la Seguridad Social, pues al proclamar la igualdad de trato en materia de seguridad social de españoles y extranjeros residentes, lo hace para el subsistema contributivo y también para el no contributivo. A la eficacia de esta ampliación puede contribuir negativamente la exigencia de largos períodos de residencia (actualmente cinco años para la invalidez y diez para la jubilación) como presupuesto de acceso a las prestaciones no contributivas, o el mantenimiento de ésta para poder continuar disfrutando de tales prestaciones.

Por lo que respecta al subsistema de Asistencia Social, el artículo 14.2 LOE reconoce el derecho de los extranjeros residentes a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos, como a los específicos. Esta redacción permite afirmar al autor, el derecho de aquellos al conjunto de mecanismos protectores, que incluiría los prestados por la Seguridad Social y los dispensados o reconocidos por las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales.

Finalmente, en relación con el derecho de asistencia sanitaria, se reitera la relación entre principio de igualdad y el principio de universalidad, destacando el derecho de toda persona a acceder a la sanidad sin necesidad de ostentar ningún título jurídico especial, pues el derecho a la salud es una condición previa al ejercicio del resto de los derechos fundamentales. A pesar de ello, la LOE no realiza un reconocimiento general del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, sometiendo el mismo al cumplimiento del requisito de inscripción en el padrón municipal. Aún así, aquellos que careciendo de permiso de residencia no figuren empadronados, podrán tener derecho a la asistencia sanitaria en tres supuestos excepcionales: si precisan atención urgente ante la contracción de enfermedades graves o accidentes; si son menores de dieciocho años; si se trata de mujeres embarazadas, quienes serán atendidas durante el embarazo, parto y postparto. Para el autor las diferencias realizadas por la LOE entre inmigrantes empadronados y no empadronados carecen de justificación, a su vez se recuerda cómo las Comunidades Autónomas están realizando una ordenación legislativa que supera con creces el modelo estatal.

Tras las presentaciones de las anteriores ponencias se establecieron grupos de discusión que permitieron debatir sobre los aspectos de mayor interés. El trabajo por grupos se completó con la presentación de las numerosas comunicaciones por grupos de materias. Finalmente el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social concluiría con la presentación de las conclusiones que seguidamente se detallan:

1ª Los movimientos inmigratorios en España alcanzan inevitablemente cifras crecientes de personas que buscan con la inmigración el respeto de los derechos básicos de la ciudadanía. Los problemas de la inmigración irregular no pueden resolverse con simples medidas policiales que acentúen los mecanismos de control y represivos, en buena parte ineficaces. Porque la inmigración está vinculada a la explotación, a los abusos y al tráfico delictivo de mano de obra, que hacen del inmigrante la víctima a tutelar.

2ª El nuevo marco legal de la inmigración y la extranjería supone un considerable avance en la protección de la situación jurídica y del estatuto laboral del inmigrante extracomunitario. Las legislaciones laboral y de seguridad social, en cuanto legislaciones para la inmigración aseguran al inmigrante la igualdad salarial y de las condiciones de trabajo, la apertura a los derechos colectivos y a los instrumentos de autotutela, así como la protección social a aquéllos y a sus familias. No obstante, se siguen apreciando inquietantes elementos de deslaboralización que han de ser corregidos porque traducen una imagen deformada del conflicto social.

3ª Las cláusulas de igualdad de trato y de no discriminación, en particular, abren nuevas perspectivas de acceso a empleos, antes vedados. La tutela judicial efectiva abre la vía del acceso generalizado a la justicia laboral. Mientras que los derechos colectivos difícilmente pueden frenarse ante la situación de los trabajadores y personas inmigrantes en posición formal irregular.

4ª En la legislación vigente se aprecia una regulación confusa y descoordinada de las infracciones laborales, por el solapamiento de la ley de extranjería y de la ley de infracciones y sanciones en el orden social. Estos graves problemas no se pueden resolver con criterios simples y contundentes como, por ejemplo, la derogación del art. 37 de la segunda de las leyes citadas.

5ª La posibilidad de no motivar la denegación de los visados, en casos concretos, no permite el control judicial de las actuaciones administrativas. Asimismo, la expulsión de extranjeros de territorio nacional, por el denominado procedimiento preferente, no garantiza los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva y seguridad personal.

6ª Dentro de la distribución constitucional de competencias, las Comunidades Autónomas deberían asumir la de expedición de los permisos de trabajo. El ejercicio de esta competencia no sólo permitiría un mejor control sobre las ofertas de empleo, sino que aseguraría su presencia en la elaboración anual de los contingentes de emigrantes.

7ª La nacionalidad del trabajador es irrelevante de por sí para la aplicación del Derecho del Trabajo español al contrato de trabajo que se celebra y ejecuta en España, y el hecho de que el trabajador tenga nacionalidad extranjera no determina una conexión internacional del negocio jurídico laboral. Se trata siempre de contratos de trabajo españoles sometidos al ordenamiento laboral español, aún en las situaciones de irregularidad formal.

8ª Las desigualdades existentes entre los regímenes de protección social de los ciudadanos de terceros países, en el ámbito de la Unión Europea, hacen imprescindible el desarrollo y consolidación de una política inmigratoria común que conduzca a una reforma ampliadora del campo de aplicación del Reglamento 1408/71. Sólo de este modo se dotará de efectos eficaces a la protección social de los inmigrantes comunitarios.

9ª La legislación española ha reforzado considerablemente el principio de igualdad de trato en materia de protección social, generalizando las prestaciones no contributivas. Sin embargo, es necesario establecer medidas específicas que faciliten el acceso a los servicios sociales, educativos y sanitarios para vencer progresivamente la discriminación y evitando, a la vez, que las medidas dispuestas acentúen los aspectos estructurales de la situación de desventaja.

10ª Las lagunas existentes en el sistema de seguridad social en materia de cotización, responsabilidad en materia de prestaciones y régimen jurídico prestacional haría aconsejable una reforma que clarificara la protección social contributiva de los inmigrantes en situación de irregularidad formal, avanzando en el proyecto de establecer un estatuto social a su favor.