

TRABAJADORES EXTRANJEROS E INTEGRACIÓN SOCIAL

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA¹

ÍNDICE

1. Desarrollo e inmigración: dos variables del modelo económico
2. El "extranjero" en la ley orgánica 4/2000: una noción legal errónea y extraña al sistema jurídico comunitario
3. Derechos y libertades de los extranjeros en la ley orgánica 4/2000: 3.1. La imprescindible promoción de los derechos sociales de los trabajadores extranjeros; 3.2. La proclamación de derechos y libertades: el falso planteamiento de la igualdad respecto a los nacionales; 3.3. El catálogo de derechos de contenido político; 3.4. El cuadro de derechos de contenido social
4. Situaciones jurídicas de los extranjeros en España: 4.1. La entrada de extracomunitarios: recrudescimiento de condiciones tras los Acuerdos de Schengen; 4.2. La permanencia en territorio español para la realización de actividades económicas
5. Trabajadores inmigrantes y relación de trabajo: 5.1. Autorizaciones para trabajar: retorno a distinciones superadas y regulación confusa; 5.2. Permisos de trabajo para trabajar por cuenta ajena: los efectos sobre el contrato de trabajo

1. DESARROLLO E INMIGRACIÓN: DOS VARIABLES DEL MODELO ECONÓMICO

La reciente Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social², no exenta de una durísima polémica en la fase final de su tramitación por circunstancias de índole política, ha venido a actualizar el marco de ordenación de los derechos y libertades que a los extranjeros corresponden.

¹ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la Laguna (Tenerife).

² BOE de 12 de enero y correcc. de errores en BOE de 24 de enero. Su entrada en vigor se produjo, conforme a lo establecido en su Disp. final novena, el 2 de febrero del presente año.

Esta operación legislativa se venía haciendo absolutamente imprescindible ya que la primera Ley postconstitucional en materia de extranjería databa de una fecha anterior a la entrada de España a la, entonces, Comunidad Económica Europea. La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España contó con un inicial Reglamento, aprobado mediante RD 1119/1986, de 26 de mayo que, tras sufrir reformas parciales, se vio finalmente modificado por el todavía vigente RD 155/1996, de 2 de febrero, el cual contiene el régimen jurídico de aplicación a los extranjeros no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea³. La ley 4/2000 deroga la anterior Ley de extranjería, pero no su Reglamento, salvo en lo que se oponga a la nueva Ley (por cierto, en muy pocos aspectos), de manera que da legitimidad al Reglamento anterior hasta que se dicte el de la nueva Ley Orgánica en el plazo de seis meses (Disp. Final sexta).

La Ley 7/1985 fue seguida de otras normas de no menor importancia afectantes a situaciones y posición jurídica de los extranjeros, entre las que cabe citar, en primer lugar, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En otro orden, hay que resaltar, igualmente, el desarrollo de la Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, cuyo Reglamento de ejecución en su versión última, se contienen en el RD 204/1995, de 10 de febrero. Asimismo, a lo largo de los años 90 se suceden distintas iniciativas, del Gobierno y parlamentarias que tratan de poner cierto orden en la regularización de extranjeros en nuestro país, con consecuencias dignas de mención como la creación de la Oficinas Únicas de Extranjeros, enclavadas dentro del Ministerio del Interior y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (RD 1521/1991, de 11 de octubre) dependientes de los Delegados de Gobierno o Gobernadores Civiles y no menor importante, la creación de la Comisión Interministerial de Extranjería (mediante RD 511/1992, de 14 de mayo), con la función de coordinar interministerialmente la entrada, permanencia y salida de extranjeros de nuestro país.

Conviven, por tanto, dos regímenes de aplicación diferenciada, puesto que los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea continúan afectados por lo dispuesto en el RD 766/1992/1992, de 26 de junio, modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo.

No puede decirse, en puridad, que se trate de una nueva ordenación legal, porque las bases constitucionales sobre las que se erige la Ley, en parte, ya habían sido objeto de desarrollo con anterioridad, pero sí se procede a una reestructuración de materias y contenidos que el transcurso del tiempo había teñido de obsolescencia en relación con el marco regulador de la anterior Ley Orgá-

³ Un amplio estudio de dicho régimen jurídico en relación con los aspectos de índole laboral, en M^a A. BALLESTER PASTOR, *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

nica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Aquella Ley fue sometida en su momento a control constitucional⁴, resuelto finalmente con un saldo parcialmente negativo en cuanto a sus ajustes con la Constitución, mediante S. 115/1987. Las correcciones de constitucionalidad afectaron a ciertos aspectos regulados en la Ley, concretamente, a los criterios que desde la propia Sentencia fue preciso establecer sobre condiciones de ejercicio del derecho de reunión y de asociación, en materia de detención preventiva previa a la expulsión de extranjeros del territorio español y en relación con el derecho a posibles recursos ante medidas de expulsión (una sentencia, en parte, declarativa de la inconstitucionalidad de algunos pasajes de la Ley, e interpretativa, respecto de otros)⁵.

Cuando hace ya más de diez años que vio la luz un trabajo en el cual mis reflexiones sobre el trabajo de los extranjeros en nuestro país me llevaban a afirmar, aun por aquel entonces, que España "es un país que exporta más mano de obra de la que importa"⁶ ha llegado, como es evidente, el momento de rectificar: España se ha convertido en un país de inmigración. El continente africano, en particular, todos los países del Magreb, e, incluso, otros situados más al sur, pero integrados en el centro-norte de África, asisten a un proceso imparable de permanente circulación de personas que pretenden alcanzar la frontera de nuestro país. Del otro lado del océano, los desplazamientos migratorios han aumentado progresivamente con una gran afluencia, principalmente, desde los países del sur de América y América central.

Estos movimientos de población presentan un elemento común: tienen por finalidad encontrar un trabajo, un medio de vida que permita sobrevivir a quienes se desplazan y a sus familias que han quedado en el país del que provienen. Los movimientos migratorios ponen de manifiesto una estrecha e inescindible relación entre desarrollo económico y emigración: el proceso de causa-efecto entre subdesarrollo y exportación de mano de obra y su cara inversa, desarrollo económico e importación de mano de obra extranjera revela que economía e importación de mano de obra constituyen el eje circular sobre el que se asienta el fenómeno de las migraciones.

El movimiento pendular entre emigración e inmigración no es más que un elemento intrínseco de un modelo económico de desarrollo que hunde sus raíces en el capitalismo industrial, oscilación que, lejos de perecer, se afianza a medida que ese modelo se va transformando y desarrollando nuevas apariencias de progreso social y económico, mientras asiste impasible a la emergencia

⁴ Mediante interposición del recurso de inconstitucionalidad nº 880/1985, de 3 de octubre, promovido por el Defensor del Pueblo.

⁵ Un amplio comentario a la Ley sobre estos extremos una vez sentado el veredicto constitucional, en J. RODRÍGUEZ ZAPATA "Internamiento de extranjeros expulsados de España. Derechos de reunión y asociación de los extranjeros. Suspensión cautelar de las resoluciones administrativas impugnadas en materia de extranjería", REDT, 1987, nº 32, pág. 617 y ss.

⁶ Vid. *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 17.

de unos niveles de marginalidad y pobreza que en entornos como el europeo sólo pueden calificarse de inadmisibles.

La emigración de los países "pobres" a zonas y regiones en que se concentran los medios de producción y la riqueza responde a un proceso continuo ligado al desarrollo de la economía capitalista; por consiguiente, no se trata de un fenómeno provisional o puntual, sino integrado en las tendencias fundamentales del desarrollo del nuevo capitalismo avanzado⁷. Existen determinados elementos con los que el sistema económico cuenta de antemano para lograr un efectivo funcionamiento y desarrollo del mismo: la necesidad de mano de obra específica para la realización de trabajos escasamente cualificados, la débil resistencia de la población inmigrante ante condiciones de trabajo abusivas sin sometimiento a control alguno; el desconocimiento de derechos de índole política y social en ciertos entornos en que se desenvuelven las relaciones de trabajo, etc. hacen de los inmigrantes un colectivo especialmente vulnerable y apto para la satisfacción de este tipo de demandas del sistema económico.

La inmigración, sin duda, actúa "positivamente" sobre el modelo económico imperante en los países occidentales y, si bien fue coyuntural en un principio, se ha transformado en instrumento imprescindible para mantener los niveles de crecimiento y desarrollo económico⁸, aminorar los efectos de los ciclos de crisis y, en igual medida, acentuar la flexibilidad del mercado de trabajo. Sin la presencia de la inmigración es muy probable que se hubieran detenido los ritmos de crecimiento económico, las inversiones sociales habrían aumentado considerablemente y habría sido imprescindible potenciar medidas drásticas sobre reproducción social⁹. Ante esta tesitura, si la sociedad occidental, que se sitúa en las primeras filas del desarrollo en su más amplia dimensión, ha recurrido a la inmigración para alimentar su propio crecimiento y progreso social incurriera en la contradicción de aniquilarla, se vería obligada a reconsiderar las finalidades a las que sirve. Las bases no sólo económicas, sino también sociales y culturales inherentes al fenómeno de las migraciones podrían subvertirse de modo tal que obligaran a reconsiderar la supervivencia del propio modelo económico.

Otra cosa es que, en la actualidad, la suavización de ciertos esquemas con los que tradicionalmente se ha operado, entre otras razones, por los imperativos a que el funcionamiento del mercado de trabajo, se canalice por cauces como la contingentación de la mano extranjera y un mayor control sobre los flujos económicos de entrada y salida, pero, en definitiva, son nuevas fórmulas en las que el sistema económico sigue estableciendo los modos en que admite (y somete a control) la incorporación de nueva mano de obra extranjera para la satisfacción de los objetivos que se propone alcanzar.

⁷ M. LOIZU, *Capitalismo europeo y emigración*, Barcelona, Avance, 1975, pág. 12-13.

⁸ Vid. O. STARK, *La migración del trabajo*, Madrid, MTSS, 1993, especialmente, pág. 47 y ss.

⁹ M. LOIZU, *Capitalismo europeo y emigración*, cit., pág. 74-75.

En una sociedad en que a la división entre ricos y pobres ha de sumarse la de nacionales y extranjeros resulta intolerable que a un gran sector de la población, el integrado por trabajadores inmigrantes, se le condene a vivir en el vacío social, alimentado por un inusitado desarrollo de reacciones individuales y colectivas de carácter xenófobo. Junto a ello, la incapacidad de los Estados para acabar con grados preocupantes de pobreza, a su vez, entre los propios nacionales, puede conducir en un momento como el que se vive de cambios y transformaciones de todo tipo, a la consolidación de una especie de darwinismo social, denunciado ya en importantes foros de ámbito europeo¹⁰.

2. EL "EXTRANJERO" EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000: UNA NOCIÓN LEGAL ERRÓNEA Y EXTRAÑA AL SISTEMA JURÍDICO COMUNITARIO

La Ley 4/2000 arranca con un precepto cuyo contenido merece severas críticas por razones de diferente naturaleza. La definición que se contiene en su art. 1.1 es inexacta a todas luces cuando proclama que "*Se considera extranjero, a los efectos de aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*".

La inexactitud proviene de la alteración que la noción de extranjero ha sufrido con el paso del tiempo. Si en la orientación clásica proveniente del Derecho Internacional, el extranjero es un concepto que se delimita a partir de un factor negativo, como es la carencia de la nacionalidad del país de referencia, ésta noción ha variado sustancialmente, de forma muy particular, por el proceso de desarrollo de la Comunidad Europea. Al tratarse de un proyecto supranacional de supresión de barreras nacionales ha debido batirse entre los conceptos de nacionalidad y extranjería, precisamente, para superarlos, creando un *tertium genus* identificativo de los nacionales de todos los Estados miembros de la Unión, que ni son nacionales, ni propiamente, extranjeros, al modo tradicional, pues la igualdad de trato, convertida en el presupuesto esencial para que la libre circulación pueda tener lugar dentro del territorio de la Unión¹¹, ha obligado a excluir las reglas propias de la extranjería. En el momento actual, no cabe la menor duda que el concepto de extranjero, por aplicación del Derecho

¹⁰ Como es el caso del Informe que bajo el título *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, (A. SUPLOT, Coord.), se ha remitido a la Comisión por un grupo de expertos de varios países. Valencia. Tirant lo Blanch, 1999, en el cual se señala que esta visión entrañaría el riesgo de hacer creer que los desfavorecidos merecen su suerte y que, por su parte, los Estados son incapaces de asegurar un espacio humanamente habitable, lo que se traduciría en estallidos sociales relacionados con una falta de identidad, donde factores del racismo y la xenofobia se manifiestan con toda su crudeza, pág. 239.

¹¹ Vid. S. PEERS, "*Towards equality: actual and potential rights on third-country nationals in the European Union*", *Common Market Law Review*, 1996, nº 33, pág. 7 y ss.

comunitario, es extensible únicamente a los nacionales de Estados no integrados en la Unión Europea¹².

En el Derecho Internacional clásico, la nacionalidad y la extranjería eran categorías jurídicas pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado. Cada Estado establecía los criterios que permitían obtener la nacionalidad de un determinado país e, igualmente, aquellos que determinaban la condición de extranjero. Se era nacional o extranjero en relación con un determinado Estado en razón del cumplimiento o no de ciertos requisitos impuestos por el mismo. La conformación del *status* de nacional o extranjero era, pues, cuestión a resolver de acuerdo con el poder soberano del Estado. Generalmente, el concepto de extranjero se definía negativamente, por la carencia de la nacionalidad, o no pertenecía a una determinada comunidad articulada bajo la forma de Estado¹³.

En la actualidad, la unificación de Europa ha traído consigo cambios verdaderamente sustanciales en esta materia: la nacionalidad continúa siendo terreno acotado por la soberanía de cada Estado miembro de la Unión; los diferentes criterios que pueden manejarse para definir la nacionalidad son de exclusiva competencia estatal. En tal sentido, la Declaración de Estados aneja al Tratado de Maastricht establece que las cuestiones de nacionalidad se resuelven mediante remisión al Derecho nacional de cada Estado miembro. Con ello se produce el efecto siguiente: mientras el Derecho comunitario define su ámbito subjetivo por referencia a los nacionales de los Estados miembros, dicha condición no la establece el propio Derecho comunitario, sino que se remite a los criterios fijados por cada uno de los Estados que integran la entidad supranacional. La obtención de la condición de nacional de un Estado de la Unión varía de un país a otro y esa diversidad queda preservada desde el ordenamiento comunitario. No hay, por tanto, un consenso unitario en Europa sobre la condición de nacional de uno de los Estados miembros (que es susceptible de variación según los diferentes Estados), pero sí sobre la pertenencia a una comunidad supranacional a partir de dicha condición.

Un elemento vertebral del proyecto de unificación europea como es la población sobre la que se extiende, sin embargo, es reconducido a la esfera estatal, en la medida en que los Estados no pierden su identidad dentro de la Unión, manifestada a través de la nacionalidad como presupuesto indispensable de la conformación de cada uno de ellos.

No ocurre así con la extranjería: la definición de la condición de extranjero supera las fronteras nacionales y en ella intervienen, básicamente, instancias

¹² La alteración del concepto de extranjero por efecto de la construcción europea es aspecto tratado por J. M. GÓMEZ MUÑOZ, "Igualdad y diferencia de tratamiento de los trabajadores extracomunitarios" en AA.VV. *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral* (J. CRUZ VILLALÓN, Coord.) Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 57 y ss.

¹³ P. ABARCA JUNCO, "Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución" en *Lecturas sobre la Constitución* (T.R. FERNÁNDEZ, Coord.), Madrid, UNED, 1978, T. II, pág. 364

supranacionales. La noción de nacional de Estado no miembro de la Unión determina la pertenencia a "otra" comunidad política, a otro grupo ajeno y diferente a aquel que recibe. Y ese concepto general implícito en la noción de extranjero impregna toda la construcción de Europa interna y externamente. El fortalecimiento de los lazos internos entre los distintos Estados miembros se articula por medio de la diferenciación con el exterior, con los terceros Estados y, por consiguiente, con los nacionales de esos terceros Estados ajenos a la organización supranacional¹⁴. La incorporación de los distintos Estados a la Comunidad Europea supone la cesión a dicha entidad de poderes propios del Estado y, en este caso, el poder de determinar quiénes son extranjeros se desplaza de lo nacional hacia lo supranacional, quedando condicionado el Derecho interno a las decisiones comunitarias que priman sobre las nacionales.

Pero no sólo la determinación de la noción de extranjero se ve afectada por el influjo del ordenamiento comunitario, sino que todo el régimen jurídico de la extranjería se cimenta sobre la unión supranacional y los pactos internacionales suscritos al efecto. El acceso a las condiciones de entrada, permanencia y salida del territorio de un Estado, el acceso de los extranjeros al empleo, el estatus jurídico del trabajador migrante, así como la protección del sistema de Seguridad Social son aspectos en los que, de nuevo, se deja sentir la presencia del acervo comunitario, convertido en una especie de muro de contención de las condiciones en que se admiten y acogen los flujos migratorios procedentes de países extracomunitarios por parte de cada Estado miembro.

En cuanto a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, éstos no encajan ni en el concepto de nacionales ni en el de extranjeros. La superación de los conceptos de nacionalidad y de extranjería la representa la noción de ciudadano comunitario o de ciudadanía comunitaria¹⁵. Noción que, especialmente, a partir de la aprobación en febrero de 1992 del Tratado de Maastricht, integra una nueva realidad social dotada de unos contenidos que aún están por desarrollar en su plenitud¹⁶. En el intento por suavizar el rigor de la categórica distinción, la definición de extranjero desde el plano comunitario ha aconsejado utilizar la noción de "nacional de" para referirse a los extranjeros, esto es, nacionales de terceros Estados. Y su concreción, de nuevo, es negativa: nacional de tercer Estado es ser nacional de Estado no miembro de la

¹⁴ Vid. M. P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers*, París, Ed. Economica, 1994, pág. 19 y ss.

¹⁵ B. TOMAS CARRASCO, "La nacionalidad de los Estados miembros en el ámbito comunitario", *Rev. de Estudios Europeos*, 1996, nº 12, pág. 81 y ss.

¹⁶ En la actualidad, el art. 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de acuerdo con la numeración dada por el Tratado de Amsterdam, pero consolidando el contenido incorporado por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht) establece lo siguiente: "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional".

Comunidad europea¹⁷ y, asimismo, de quienes no son nacionales de los Estados que han ratificado el Pacto del Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992¹⁸, que comprende los países de la Unión, así como Noruega y Liechtenstein.

Y aunque éste no es el lugar en que ha de tratarse la posición jurídica de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, es preciso resaltar que los Acuerdos de Schengen han supuesto un paso muy significativo en el endurecimiento de las condiciones de entrada de extranjeros (no comunitarios) en el territorio de la Unión¹⁹ y, por el espíritu restrictivo que aquéllos comportan, sobre las condiciones de permanencia y de integración social de quienes logren entrar en el mismo. Es preciso llevar a cabo a estas alturas del desarrollo del proyecto europeo una lectura mucho más amplia del contenido del derecho de libre circulación de trabajadores, en el sentido de extenderlo a aquellos extranjeros que no siendo nacionales de Estados miembros, sin embargo, hayan entrado, se hayan asentado y presten sus servicios de forma regular en territorio de la Unión: el libre desplazamiento por el territorio europeo, cuando se permanece y se trabaja regularmente en el mismo, debe hacerse llegar a los extracomunitarios, pues sólo así se garantiza la integración efectiva de los inmigrantes dentro de Europa. El progreso en la consecución de objetivos sociales si se dificulta desde la acción unilateral de los Estados, sin embargo, es susceptible de alimentarse directamente desde el ámbito comunitario, haciendo uso de las posibilidades que el principio de subsidiariedad permite, ya que, en este caso, los efectos comunitarios de la materia lo justifican²⁰.

Más importante aún si cabe, lo es la protección social. Aunque no se ha construido un sistema europeo de Seguridad Social²¹, sino que han pervivido los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social²², las prestaciones de los

¹⁷ E. PÉREZ VERA, "Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers", Recueil des Cours, 1996, T. 261, pág. 247 y ss...

¹⁸ Del que España forma parte, tras la Ratificación de 26 de noviembre de 1993, BOE de 25 de enero de 1994, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1994

¹⁹ M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, Comares, 1999, pág. 27 y ss.

²⁰ Por todos, M^a E. CASAS BAAMONDE, "Doble" principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", RL, 1993, T. I, 50 y ss. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 113 y ss.

²¹ Vid. las interesantes reflexiones de F. VALDÉS DAL-RE, "El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro", RL, 1997, n^o 19, pág. 1-10.

²² En torno a las dificultades para la integración del Protocolo Social en el Tratado de Amsterdam y el nuevo Título de Política Social en el cual se inserta la coordinación de los diferentes sistemas de Seguridad Social, P. L. GOMIS, *La Política Social y de Empleo en el Tratado de Amsterdam*, Madrid, CES, 1999, 65 y ss. Vid. también M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "De Maastricht a Amsterdam", RL, 1998, n^o 4, pág. 1-9.

sistemas nacionales deben cubrir bajo las mismas circunstancias y con los mismos requisitos a los extracomunitarios y convertirlos en posibles beneficiarios de las mismas. Bien es cierto que con los países del Magreb se ha hecho un esfuerzo muy importante, representado por el triple Acuerdo Europeo de Seguridad Social²³, dando lugar con ello a la extensión de la libre circulación por vía convencional²⁴ pero, sin duda, aun queda mucho camino por recorrer.

En este punto, es preciso traer a colación la reciente *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, en la cual se declara abiertamente que en relación a los ciudadanos de terceros países, la ordenación comunitaria aún es contraria a la universalidad de un número considerable de derechos fundamentales. En la misma se deja constancia de que una Unión que proclama en sus políticas internas la fiel observancia de los derechos fundamentales y el deber de respetarlos, debería considerar esos mismo derechos como un principio rector de sus relaciones exteriores, si no se quiere poner en duda su credibilidad²⁵.

El efecto directo del Derecho Comunitario y la primacía que éste ejerce sobre los ordenamientos nacionales²⁶ ha ido generando una *uniformidad ad intra* en la regulación del tratamiento entre nacionales y comunitarios basada sobre el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, verdadero baluarte de la construcción europea²⁷. Como corolario del mismo, la *diversidad ad extra* se entiende y se expresa en relación con los nacionales de los terceros Estados, los no miembros de la Unión²⁸. En ocasiones la ambivalencia entre uniformidad y diversidad se ha entendido en términos verdaderamente extremados, estimando que la salvaguarda de la uniformidad e integración europea

²³ Se firmó un Acuerdo de Cooperación con el Reino de Marruecos con fecha de 17 de abril de 1976, adoptado mediante Reglamento CEE 2211/78, de 26 de septiembre (DOCE L 264, de 27 de septiembre). Otro Acuerdo de Cooperación con la República Tunecina, de 5 de abril de 1976, adoptado por Reglamento CEE 2212/78, de 26 de septiembre (DOCE I 265, de 27 de septiembre de 1978). Y, en tercer lugar, con la República Argelina Democrática y Popular firmado el 26 de septiembre de 1978, adoptado mediante Reglamento CEE 2210/78, de 26 de septiembre (DOCE I 263, de 27 de septiembre de 1978). Los tres Acuerdos desarrollan el principio de igualdad con los comunitarios en materia de protección Social.

²⁴ M-P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers*, cit. pág. 87 y ss.

²⁵ Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales, presidido por S. SIMITIS, remitido a la Comisión Europea en febrero de 1999.

²⁶ Para un seguimiento de los pronunciamientos vertidos invariablemente en este sentido por el TJCE, M. COLINA ROBLEDO, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario* (2^a edic.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 54-56.

²⁷ Vid. A. LYON-CAEN, "La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne", DS, 1992, n^o 357, pág. 293 y ss.

²⁸ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Los ciudadanos no europeos en la Unión Europea", Sistema, 1993, n^o 114-115, pág. 394 y ss.

sólo puede alcanzarse mediante la diferenciación a ultranza con el exterior, (o, dicho brevemente, a mayor diferenciación con el exterior, mayor uniformidad interna)²⁹. Estos planteamientos, sin duda, alimentan medidas drásticas de control de entrada al territorio comunitario, de circulación por el mismo y de salida.

A esta finalidad responde la firma de lo Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, del que España forma parte³⁰. Precisamente, en el Convenio de aplicación de dicho Acuerdo de 19 de junio de 1990³¹ se señala que es extranjero todo aquel que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, ampliado en la actualidad a todo aquel que, además, no sea nacional de uno de los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Como es sabido, el Acuerdo de Schengen, su Convenio de aplicación y las decisiones adoptadas en su desarrollo, constitutivas del "acervo Schengen" han pasado a integrarse en el Tratado de Amsterdam³², firmado el 2 de octubre de 1997³³, como Protocolo anejo al mismo.

El reforzamiento de las fronteras exteriores de Europa representa la otra cara de la política tendente a fortalecer los lazos internos entre los países integrantes de la construcción europea³⁴. A su vez, cada Estado asume una función de guardián celoso de dichas fronteras haciéndose responsable último de cualquier entrada irregular de extranjeros³⁵, en aplicación de una política muy rígida en relación con la exigencia de visados para la realización de actividades laborales, de manera que "cada Estado asume la necesidad de garantizar la protección del conjunto del territorio de los Estados contra la inmigración ilegal" (art. 7 del Acuerdo). Sin duda, en esta opción de política comunitaria ha influido la desazón que se percibe en relación con flujos inmigratorios no some-

²⁹ M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, cit., pág. 27-30.

³⁰ Desde el 25 de junio de 1991 (BOE de de 30 de julio).

³¹ BOE de 5 de abril de 1994.

³² Firmado el 2 de octubre de 1997, tras dieciocho meses de Conferencia Intergubernamental, entrando en vigor el 1 de mayo de 1999. Para un seguimiento de los temas que la Conferencia habría de abordar por imperativo del art. N.2 del Tratado de Maastricht, vid. A. MANGAS MARTIN, "Los retos de la Unión Europea ante la Conferencia Intergubernamental de 1996" en *Los retos de la Unión Europea ante el siglo XXI*, Madrid, UNED, 1997, pág. 15 y ss.

³³ Última modificación sobre el originario Tratado de Roma de 1957, tras las introducidas por el Acta Única Europea de 1986 y el Tratado de Maastricht de 1992, y que constituye en la actualidad el Tratado constitutivo de la Unión Europea.

³⁴ Vid. P. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, "El convenio de Schengen: una etapa en la construcción de un espacio europeo sin fronteras interiores" en *Derecho de extranjería en España. Regulación jurídica, práctica administrativa y judicial*, Madrid, UNED, 1996, pág. 110 y ss.

³⁵ P. WECKEL, "La convention additionnelle à l'accord de Schengen", *Revue Générale de Droit International Public*, 1991, n° 2, pág. 405 y ss.

tidos a control alguno³⁶, a lo cual se suma el deseo de protegerse contra el "déficit de seguridad" que representa en la Unión europea la supresión de fronteras nacionales en el interior de la misma³⁷. El espacio Schengen se articula sobre una compleja red de información que ha de suministrarse entre los diferentes Estados partícipes del Acuerdo sobre movimientos de extranjeros relativos a entrada, estancia regular y salidas del territorio de cada Estado que se valora como equivalente a entrada, estancia y salida del territorio comunitario en general.

Al cumplimiento de ese objetivo de suministro de información entre los Estados integrantes de la Comunidad y del Espacio Social Europeo se encamina el contenido de la Disposición Final Quinta de la Ley Orgánica 4/2000 cuando señala que el Gobierno español adoptará las medidas precisas para atender a la exactitud y actualización de los datos del sistema de información de Schengen. En relación con los deberes de información de cada Estado, obsérvese, asimismo, que el art. 29.4 de la Ley condiciona la autorización de residencia temporal en España a carecer de antecedentes penales por delitos existentes en el ordenamiento español, no sólo en España, sino también en los países comunitarios en que con anterioridad haya residido el solicitante (el espacio Schengen funciona, por tanto, como un todo unitario) y "no figurar como rechazable en el espacio territorial del Tratado de Schengen", circunstancia de la que se excepcionan quienes hayan cometido delito en España, pero se encuentren indultados o en fase de remisión condicional de la pena. En igual sentido, los cambios de nacionalidad y de domicilio de los extranjeros residentes temporales deben ser objeto de comunicación al Ministerio del Interior (art. 29.5) a fin de facilitar la labor de control de los movimientos migratorios y a efectos del suministro de información en sede comunitaria.

La acotación del concepto de extranjero no en contraposición al concepto de nacional, sino de ciudadano comunitario es, por tanto, vinculante para el Estado español, integrante de la Unión y firmante de los Acuerdos de Schengen.

En consecuencia, he aquí la primera crítica que puede hacerse a la Ley Orgánica 4/2000, esto es, el manejo de una noción de extranjero no acorde con el sistema jurídico comunitario que supone, además, el desconocimiento de ciertos pactos internacionales suscritos al respecto. Y esa falta de precisión jurídica obliga al legislador a efectuar la afirmación que se contiene en el pfo. 2 del art. 1 de la Ley: "Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario (en clara referencia a los nacionales de países integrantes del Espacio Económico Europeo o a ciertos familiares de nacionales de Estados miembros que carezcan de la

³⁶ J. de LUCAS, "El Tractat de Schengen té un déficit del del punt de vista de legitimitat democràtica", *Etnòpolis, SOS Racisme, Segona època*, 1997, n° 11, pág. 12 y ss.

³⁷ M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, Comares, 1999, pág. 27 y ss., las comillas en pág. 28.

nacionalidad de alguno de ellos³⁸) se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables". Con ello, se da a entender que, efectivamente, los nacionales de Estados de la Unión no son extranjeros propiamente dichos y que, en todo caso, los beneficios contemplados por esta Ley que superen el marco jurídico comunitario les serán, en su caso, de aplicación para evitar tratos más beneficiosos a los extranjeros que a quienes les es aplicable la legislación comunitaria.

Otras exclusiones del ámbito de la Ley 4/2000 pertenecen al campo tradicional de excepciones del régimen jurídico de la extranjería, como son los agentes diplomáticos, funcionarios consulares y demás miembros de misiones diplomáticas, así como sus familiares, en cumplimiento de normas internacionales. Asimismo, los miembros y sus familiares de las Misiones permanentes o Delegaciones ante organismos intergubernamentales con sede en España o miembros de Conferencias internacionales que se celebren en nuestro país. Y, por último, los funcionarios de Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados suscritos por España les eximan de la obligación de proveerse de autorización para residir en territorio español (art. 2).

3. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000

3.1. La imprescindible promoción de los derechos sociales de los trabajadores extranjeros

El T. I de la Ley Orgánica 4/2000 contiene la definición de la posición jurídica que a los extranjeros se reconoce en nuestro país en relación con el disfrute de derechos y libertades que la Constitución les atribuye de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados y, ahora, en la nueva Ley (art. 13.1 CE).

Como premisa básica para la comprensión del alcance que esta dimensión representa para los trabajadores extranjeros es preciso insistir en que los derechos fundamentales no se basan en la nacionalidad³⁹. Desde el marco constitucional se pone de manifiesto el consenso existente en cuanto al reconocimiento a los extranjeros de los derechos que la Constitución establece en el T. I, pero,

³⁸ Sobre los que aún quedan por resolver cuestiones relativas a la agrupación familiar efectiva, a quienes se les aplica, en parte, la normativa de extranjería, pero también parcialmente, la comunitaria, lo que da lugar a muchísimos problemas de coordinación y de satisfacción efectiva de derechos, *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea" en *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios "Ramón Carande", 1996, pág. 51 y ss.

³⁹ Como se señala textualmente en el Informe "Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futura del Derecho del Trabajo en Europa", *cit.*, pág. 215.

sin embargo, los términos de su ejercicio los remite a las condiciones admitidas por los Tratados internacionales suscritos por el Estado español en esta materia y las leyes de desarrollo. Ello no supone, como ya advirtió el Tribunal Constitucional, una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros en España, sino una remisión a los pactos internacionales y a la ley, que son los instrumentos de modulación del ejercicio de los derechos que la Constitución establece en el T. I y que atribuye a los extranjeros (STC 107 /1984).

Es en este punto donde una Ley de extranjería pone de manifiesto la voluntad política de las fuerzas que la han alimentado, esto es, en el mayor o menor alcance con que se facilita (o se impide) el ejercicio de los derechos que la Constitución formalmente proclama. El "vaciado" de la Ley sobre el marco de derechos y libertades que desarrolla constituye, sin duda alguna, el test de su validez social. Una Ley como la que aquí se comenta, largamente invocada para la superación de barreras de integración social de los extranjeros que vienen a trabajar a nuestro país, ha de contener, por fuerza, los elementos que permiten medir el grado de cohesión social que pretende alcanzarse con una población inmigrante cada vez mayor, necesaria para nuestro propio crecimiento y desarrollo económico.

La Ley a sí misma se denomina, "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", denominación que parece entrever una dimensión aún más amplia con respecto a la anterior Ley de extranjería que omitía toda referencia a la integración de los extranjeros en nuestra sociedad. Y este aspecto resulta verdaderamente fundamental en una política de extranjería consciente del alcance que presentan en la actualidad los flujos migratorios procedentes del Tercer Mundo: legislar para los extranjeros que vienen a trabajar en nuestro país, fundamentalmente, a trabajar de forma asalariada, significa legislar para quienes integran uno de los últimos eslabones de la escala social. Es por ello que una tarea como ésta requiere de una sensibilidad política tendente a fortalecer la posición jurídica de uno de los grupos sociales más débiles desde el punto de vista económico y social⁴⁰.

El marco de derechos de los extranjeros y, en particular, de los trabajadores extranjeros, no puede continuar sustentado sobre una profunda escisión entre derechos fundamentales y derechos sociales⁴¹. Bien es cierto que nuestra propia Constitución participa de esa concepción cuando sitúa en posición diferente los derechos fundamentales y libertades públicas (Secc. 1ª, Cap. II) respecto de los derechos y deberes del ciudadano (Secc. 2ª, Cap. II) y más aún con relación a los que puedan emerger a partir del cumplimiento por los poderes públicos de los "principios rectores de la política social y económica" (Cap. III). La Ley de extranjería en la actualidad reproduce sin fisuras la concepción clásica de derechos, en la

⁴⁰ M. J. AÑÓN, "El test de la inclusión: los derechos sociales" en AA.VV., *¿Una Democracia de minorías?. Ciudadanía y exclusión en la Democracia multicultural*. Valencia, UIMP, (T. I), 1997.

⁴¹ Véase el muy ilustrativo trabajo de J. de LUCAS, "La Globalización no significa universalidad de los derechos humanos", *Jueces para la Democracia*, 1998, n° 32, pág. 3 y ss.

medida en que los derechos de corte político se encuentran mayormente protegidos, mientras los de contenido económico y social aparecen en una especie de "segunda fila" en cuanto al nivel de reconocimiento y alcance de su ejercicio. Los preceptos contenidos en los arts. 10, 12, 13 y 14 de la Ley 4/2000 no presentan carácter orgánico, sino ordinario, al desarrollar el derecho al trabajo, a la asistencia sanitaria, a la Seguridad Social y en materia de vivienda. Constitucionalmente, la opción de la ley es correcta; no se precisa ley orgánica para el desarrollo de derechos que no tengan el carácter de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81.1 CE).

Pero lo que aquí se pretende poner de manifiesto es que los derechos sociales no ya sólo para los nacionales, sino de forma particularísima, para los extranjeros se convierten en condición indispensable para el acceso y disfrute a otros derechos de contenido político. Todos los derechos humanos se encaminan a la consecución del mismo fin: propiciar que en el desarrollo de la vida social, la persona asuma el protagonismo que su dignidad le confiere. Superada ya la etapa en que a los extranjeros, al igual que a quienes se veían obligados a vender su fuerza de trabajo, se les negaban los derechos individuales, los derechos sociales, económicos y culturales representan el gran escollo que aún debe salvarse para una efectiva integración y cohesión social.

Derechos de ciudadanía y derechos sociales avanzan en la misma dirección y con el mismo propósito. La integración social del trabajador migrante que viaja de un país a otro en busca de un puesto de trabajo exige mayores niveles de cohesión social⁴². El reconocimiento y efectivo disfrute de los derechos laborales y sociales es tan importante que llega a condicionar el verdadero goce de los restantes derechos y de otras libertades.

Esta operación, sin embargo, presenta otra envergadura: porque los derechos económicos y sociales no se sitúan en los ámbitos de universalidad y de igualdad propios de los derechos fundamentales, debido a razones de índole económica. Los derechos sociales que son evidentemente derechos de prestación, en los que se demanda del Estado una determinada intervención y actividad, tradicionalmente se han desechado del módulo de los derechos fundamentales, no extensibles por igual para todos, porque ese "todos" (incluidos los no nacionales) podría dirigir frente al Estado sus aspiraciones en consonancia con la satisfacción de los contenidos propios de estos derechos. En este punto, los vínculos con los acuerdos y pactos internacionales suscritos por los Estados continúan condicionando el ejercicio de los derechos sociales y en ese sentido, la regla general consiste en otorgar la libre discrecionalidad a cada Estado para la configuración del contenido y alcance de los mismos⁴³.

⁴² Sin que se descarte en el debate actual sobre la inmigración la extensión de la nacionalidad como factor de integración social, Vid. J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, "La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros", Revista de Estudios Políticos, 1999, nº 103, pág. 171 y ss.

⁴³ En esa línea, nuestra Constitución también "deja abierta la puerta a una multiplicidad de soluciones que el Estado puede legítimamente adoptar en relación con los extranjeros", vid. M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Contrato de trabajo de extranjeros" en Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, Vol. XXXVII, pág. 228.

Con seguridad, detrás de la negación de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales se encuentra la ideología que considera rechazable cualquier tipo de apoyo por parte de los poderes públicos a todas las personas que no pueden atender por sí mismas sus propios estados de necesidad⁴⁴.

Y, sin embargo, el real disfrute de los derechos sociales se convierte en la condición *sine qua non* para el goce efectivo del resto de los derechos tradicionalmente denominados fundamentales, porque difícilmente se puede actuar el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad, al libre pensamiento y difusión de ideas, el derecho de reunión, etc. si no se tiene el poder de decidir libremente. No se pueden desarrollar las facultades propias de la dignidad de la persona si no se dispone de medios de vida suficientes. Igual ocurre en el plano colectivo de las relaciones sociales: si por razones sociales, grupos de personas o colectivos se encuentran en condiciones de no integración con respecto a otras, mal podrán escoger y hacer uso de los derechos fundamentales y libertades subjetivas que la Constitución les atribuye.

Todo este depósito de valores de orden humano y social que encierra el progresivo desarrollo de los derechos sociales en relación con los extranjeros, no sólo contribuirá a la consolidación del Estado social, sino, me atrevería a decir, a la consolidación de Europa como territorio cohesionado por un proyecto de dimensión social e igualitaria⁴⁵. Con todo, hay que señalar que si la labor del Derecho comunitario ha sido escasa en materia de promoción de derechos humanos y, particularmente derechos sociales, no se ha preocupado excesivamente de la suerte que puedan correr en este ámbito los nacionales de terceros Estados⁴⁶. Por ello, se impone la necesidad de avanzar en las acciones para combatir las discriminaciones de todo tipo en el disfrute de los derechos, especialmente, cuando las discriminaciones son debidas al origen, etnia o raza. Los derechos humanos carecen de nacionalidad y, en consecuencia, los derechos sociales tampoco, éstos derivan del lícito ejercicio de una actividad laboral, con independencia de la procedencia de quien realiza dicha actividad⁴⁷.

La recepción de mano de obra extranjera, imprescindible, para la continuidad de un modelo económico en expansión, debe llevar aparejado el convencimiento de la debida atención al desarrollo y crecimiento de los dere-

⁴⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Ed. Dykinson, 1999, pág. 63-64.

⁴⁵ Vid. con carácter general, E. PÉREZ VERA, "La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", sistemas, 1993, nº 114-115, pág. 139 y ss.

⁴⁶ M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, cit., pág. 13.

⁴⁷ Un síntoma de cierta sensibilidad por este aspecto lo representa la Resolución adoptada por el Consejo de 4 de marzo de 1996, DOCE C de 18 de marzo de 1996, con el objeto de avanzar en la integración social de residentes de larga duración, permitiendo a los Estados miembros que ante estancias de, al menos, diez años de duración se facilite la permanencia indefinida.

chos de contenido social. De lo contrario, el conflicto ya inherente a la relación de trabajo por salario, al que se añadiría por parte de los inmigrantes el de la carencia de integración social terminará por provocar una conmoción social cuyo alcance es difícil de predecir por ahora.

3.2. La proclamación de derechos y libertades: el falso planteamiento de la igualdad respecto a los nacionales

En contraste con la Ley 7/1985 que condicionaba el ejercicio de los derechos y libertades a la residencia legal de los extranjeros en nuestro país, según se adelantaba ya en su propia Exposición de Motivos, la nueva Ley de extranjería no alude, al menos, formalmente, a dicha condición. Sin embargo, una lectura de los preceptos comprendidos en el T. I de la Ley permite comprobar que algunos de ellos continúan sujetando las posibilidades de su ejercicio a la regularidad de la estancia en el territorio español; concretamente; el derecho a la libre circulación y elección de residencia en nuestro país (art. 5), el ejercicio de derechos políticos (art. 6), el derecho al desempeño de actividades docentes y de investigación (art. 9.3), el derecho a la asistencia sanitaria, en los términos generales previstos en el art. 12.1, a recibir ayudas en materia de vivienda (art. 13), el derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social (art. 14), el derecho a la reagrupación familiar (art. 16), así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 20.2).

El primer precepto que aborda los términos del ejercicio de los derechos por los extranjeros proclama la igualdad de condiciones de aquellos con respecto a los españoles: "Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo", sin embargo, el alcance de la igualdad viene modulado a continuación cuando se añade "en los términos establecidos en esta Ley Orgánica" (art. 3.1).

Hay una evidente contradicción en el tenor de dicho precepto legal, pues o hay igualdad de condiciones en el goce de los derechos o hay diferencia. Si fuera cierta que el ejercicio, goce o disfrute de los derechos de los extranjeros se realizará en igualdad de condiciones que los españoles, no habría lugar a la referencia a los términos en que los establezca la propia Ley. Si por el contrario, el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros se desarrollará conforme e lo establecido en esta Ley, no es cierto que exista igualdad de condiciones con los españoles en lo que al disfrute de derechos se refiere.

Evidentemente, este es un problema de falta de distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos, de modo que aunque tanto nacionales como extranjeros sean titulares de los derechos que proclama el T. I de la Constitución, las condiciones de su ejercicio aparecen moduladas por razón de la extranjería y no son, evidentemente, las mismas que las previstas para los españoles por la Constitución y sus leyes de desarrollo. Ha de recordarse en este punto que, en su día, el Tribunal Constitucional sentó una clasificación de derechos en torno a la titularidad y ejercicio de los mismos por parte de

nacionales y extranjeros (S. 107/84), según la cual, la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros "dependerá por su propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado o de la ley". No obstante, la sentencia declara que "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos 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 contiene); existen otros que pertenecen 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".

Esta triple clasificación, en su momento válida, sin embargo, ha quedado totalmente en entredicho debido a determinadas circunstancias que se han producido con el paso del tiempo, con excepción del contenido vertido en la primera de las afirmaciones: derechos de titularidad indiferenciada por razón de la nacionalidad o la extranjería que obligan a articular las condiciones de su ejercicio bajo fórmulas de igualdad y sin distinción alguna por razones de origen, sigue cobrando toda su virtualidad cuando de derechos inherentes a la dignidad de la persona se trata. Es el ámbito de los derechos inalienables de la persona donde ha de situarse este nivel de práctica inexistencia de diversidad entre nacionales y extranjeros.

En segundo término, la declaración relativa a que existen derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros también ha quedado fuera de lugar, ya que la exclusiva titularidad de los españoles de los derechos reconocidos en el art. 23 del texto constitucional (al acceso "en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señale las leyes") en la actualidad se ha extendido a nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad Europea. Como es de sobra conocido, la firma del Tratado de Maastricht por parte del Estado español estuvo precedida de una necesaria reforma de la Constitución, advertida por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992⁴⁸, mediante la cual, se incorpora al art. 13.2 CE la posibilidad de que por tratado o por ley y atendiendo a criterios de reciprocidad se extienda a los no nacionales el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales⁴⁹, tal y como prescribía el Tratado de Maastricht en su art.8 B y hoy consolidado como art. 19 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Por consiguiente, no sólo tales derechos pertenecen a los extranjeros, matizando así lo proclamado por el TC, ya no sólo porque puede constatarse que existe Tratado al respecto, sino, en otro orden de cosas, mediante la ampliación de su contenido incorporando no sólo el derecho al sufragio activo sino también al pasivo.

⁴⁸ Dando respuesta con ello al Requerimiento formulado por el Gobierno a partir del acuerdo adoptado en Consejo de ministros de 24 de abril de 1992 (Asunto 1236/1992)

⁴⁹ Reforma de la Constitución llevada a cabo en sesión plenaria del Congreso de los Diputados y del Senado de 22 de julio y de 30 de julio de 1992, respectivamente.

En tercer lugar, porque en relación con algunos derechos cívicos, en concreto, con el derecho al trabajo de los extranjeros, también la adhesión de España a la Comunidad Europea hace inoperable la afirmación con la que concluye la Sentencia citada estimando que si no hay Tratado ni ley que establezca la igualdad de extranjeros y españoles en el derecho afectado, no resulta posible un reconocimiento del mismo para los extranjeros acorde con la Constitución (STC 107/84). La adhesión de España a la UE determina que por efecto de la libre circulación de trabajadores, a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea haya obligación de darles el mismo trato que a los nacionales en relación con un derecho cívico, como es el derecho al trabajo, tanto en la fase inicial de acceso al empleo como en lo relativo a sus condiciones de trabajo. Un derecho de menor protección que los fundamentales, afectado, no obstante por un obligado trato igualitario a los trabajadores comunitarios en virtud del compromiso internacional adquirido en esta materia ante la Unión Europea.

Es cierto, por tanto, que la ley y los tratados pueden determinar las condiciones de ejercicio de los derechos y que éstas pueden discurrir por cauces de igualdad o de desigualdad, o bien, matizadamente, en un plano de igualdad para determinados derechos, aquellos que se estiman vinculados a la dignidad de la persona (STC 99/1985), y de desigualdad con respecto a los derechos considerados como cívicos y más vinculados al concepto de ciudadanía que de nacional o extranjero⁵⁰, en cuyo caso, tal desigualdad no puede entrañar por parte del legislador el desconocimiento o alteración del contenido propio del derecho delimitado por la Constitución (STC 115/87). En este último supuesto, el legislador no cuenta con un cheque en blanco, pues aun autorizándose diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, esa autorización no ha de entenderse como posibilidad de legislar sin tener en cuenta los mandatos constitucionales (STC 112/1991). La remisión a la Ley no supone desconstitucionalización (STC 107/1984) ni produce la transformación de los derechos de los extranjeros en derechos de exclusiva configuración legal⁵¹.

Como resulta evidente, la Ley de extranjería no establece la igualdad de los extranjeros con respecto a los nacionales en las condiciones de ejercicio de los derechos proclamados en el T. I de la Constitución. De ser así, los derechos de participación política serían plenos en cuanto al derecho de sufragio activo y pasivo en las convocatorias electorales, para la realización de actividades laborales no habría necesidad de obtener autorizaciones o permisos con carácter

⁵⁰ En torno a los conceptos de nacional, como vínculo jurídico entre la persona y el Estado, ciudadano como noción estrechamente vinculada a vínculo político con el Estado y extranjero, como problema jurídico-político de exclusión, *vid.* J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas, ULPGC, 1997, pág. 129 a 135.

⁵¹ P. CRUZ VILLALÓN, "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", REDC, 1992, nº 35, pág. 67.

previo, la libre circulación por el territorio español no estaría condicionada a la tenencia de una autorización de residencia, etc. El reconocimiento de un grupo de derechos a favor de los extranjeros y la mención del tratamiento igualitario en relación con los nacionales no permite concluir en rigor que se haya instaurado un sistema que suponga la total asimilación en el trato dispensado a los extranjeros en nuestro país⁵².

La norma de cierre en torno a la proclamación formal de la igualdad por parte de la Ley reitera el contenido constitucional en relación con la interpretación de los derechos fundamentales, en cuanto deberá llevarse a cabo de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados internacionales suscritos por el Estado español, pero adicionando un contenido novedoso "sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas" (art. 3.2).

Sin duda, esta es una advertencia de la Ley dirigida, principalmente, a los inmigrantes provenientes del continente africano o del asiático, donde los elementos de otras culturas y las tradiciones religiosas pueden chocar con el modelo cultural occidental que, entre otras manifestaciones, se revela a través de la configuración de los derechos humanos. El prototipo de individualidad, el modelo de familia, la tradición cristiana occidental, etc. son factores que bajo una determinada consideración, conforman el modelo cultural de Occidente y que la Ley se esfuerza en preservar, impidiendo que razones derivadas de otros modelos de familia, otras creencias religiosas inspiren otras formas de vida individual y colectiva, otras prácticas, etc. sean aceptables. El límite lo fija el legislador en la no realización de actos contrarios a las normas relativas a los derechos fundamentales.

3.3. El catálogo de derechos de contenido político

a) Derecho de libre circulación y residencia

Sabido es que el art. 19 de la Constitución establece el derecho a la elección de residencia y a circular libremente por el territorio español como un derecho atribuido a "los españoles". Fue precisa una labor puntual del TC par aclarar los términos relativos a la titularidad de este derecho y, en particular, a si encontraba cabida en la Constitución su extensión a los extranjeros. Por aplicación del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en la interpretación del alcance del precepto constitucional de referencia, y mediante una lectura combinada de otros preceptos constitucionales (como los contenidos en los arts. 13, 14 y 23) el TC estimará que la expresión que inicia el contenido del art. 19 "los españoles" no puede ser entendida como excluyente de los extranjeros y que la Constitución sólo reserva en exclusiva para los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 (SS. 94/1993 y 116/1993), si

⁵² C. TOLOSA TRIBIÑO, "El principio de igualdad ante la ley de los extranjeros en España", Actualidad Aranzadi, de 16 de marzo de 2000, pág. 1-4.

bien, con las salvedades que él mismo contempla, por lo que las condiciones en que los extranjeros han de acceder a los derechos reconocidos en el art. 19 CE deben ser determinadas por el legislador, si bien, recuerda el TC, que nada exige que deba hacerse en los mismo términos que los establecidos en relación con los españoles (S. 242/1994).

Vuelve a condicionarse el libre ejercicio de este derecho a la residencia legal en el territorio español: en cuanto a su condición legal de residentes, considerado como requisito susceptible de exigencia de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España, en este caso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³, que sin embargo, admite restricciones y limitaciones al mismo por razones de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública, así como los derechos y libertades de terceros (art. 12). La razonabilidad de esta opción radica en que plantea importantes problemas de orden y seguridad interior que los extranjeros no residentes (ilegales) puedan circular libremente por el territorio nacional.

Este derecho sólo está sometido a las limitaciones que pudieran derivar de Tratados internacionales y las leyes "o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición, en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme" (art. 5.2) y otras específicas derivadas de estados de excepción y de sitio (art. 5.2).

b) Derechos de participación política

La teoría clásica de los derechos políticos de los extranjeros ha ensayado tradicionalmente fórmulas de exclusión de los mismos: los derechos políticos como derechos reservados exclusivamente a los nacionales ha contado con apoyos que se remontan en sus formulaciones más originarias a la primera mitad del siglo XX⁵⁴ y que sólo se ha suavizado a finales del mismo por efecto de una masiva inmigración proveniente del Tercer Mundo hacia países en vías de desarrollo, pese a la vigencia aún de postulados que alegan la falta de conocimiento de la cultura y de la conformación política del Estado de acogida para negar tales derechos a los extranjeros. La instalación de oleadas de inmigrantes que se acercan a Europa buscando no sólo un puesto de trabajo, sino también una integración social⁵⁵ requiere revisar los postulados clásicos de la exclusión

⁵³ Ratificado mediante Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril), cuya entrada en vigor se produjo el 27 de julio de 1977

⁵⁴ Por todos e ilustrativo del debate dominante A. VERDROSS, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", Recueil des Cours (Académie de Droit Internationale de La Haye), 1931, pág. 327 y ss.

⁵⁵ Integración que demanda una justicia social basada en la equidad de los extranjeros con los nacionales, vid. J. RAWLS, "La théorie de la justice comme équité: une théorie politique et non pas métaphysique" en *Individu et justice social*, Ed. Seuil, 1988, pág. 284. También en su reciente recopilación traducida al castellano, en la que se recogen los últimos trabajos que reflejan el cambio experimentado en su pensamiento, *Justicia como equidad*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 78 y ss...

del extranjero de los derechos más identificativos de la ciudadanía, los derechos políticos⁵⁶.

La universalidad, como característica propia de los derechos fundamentales, resulta por completo ajena a los derechos políticos de los extranjeros y ello no deja de presentar graves incongruencias: si los extranjeros se encuentran sometidos a la jurisdicción del Estado de acogida y, a su vez, están sometidos a la imposición tributaria del mismo, no se comprende por qué se les excluye de los derechos políticos. El cumplimiento de las leyes y el pago de impuestos exento del reconocimiento de derechos políticos origina en el contrato social establecido para los extranjeros unas condiciones difícilmente aceptables en el mundo contemporáneo⁵⁷. La Ley Orgánica 4/2000, proclama abiertamente en su art. 15 la obligación de los extranjeros (sin distinción de su consideración de residentes o no) de sujeción a los mismos impuestos que los españoles.

No con esta rúbrica, sino con la de "Participación pública" contempla la Ley el derecho de los extranjeros *residentes* para ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, en los términos que establezcan las leyes y los tratados. Derecho de sufragio, que por ahora, en forma activa y pasiva, sólo tienen reconocidos los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea en relación con las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado en que residan (art. 19 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). Con relación a los inmigrantes extracomunitarios, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (arts. 166 y 167) condiciona este derecho a las reglas de la reciprocidad. En este punto, el ordenamiento comunitario actúa de "cancerbero" y no permite extender los derechos de sufragio a extranjeros no comunitarios, salvo acuerdo convencional al respecto.

La razón de que no se rubrique derechos de participación "política", sino "pública" radica en que la Ley permite para los extracomunitarios una forma de participación en la vida pública municipal, ciertamente, *sui generis*, por denominarla de alguna forma, como es elegir a sus propios representantes, con el fin de "tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen", (art. 6.1). Obsérvese que se trata de una posibilidad de participación prevista de forma excluyente, sólo para extranjeros residentes, empadronados en el municipio, de modo que por esta vía se ha buscado una forma de participación, que, como se observa, no va más allá de la mera posibilidad de exponer los intereses de los propios inmigrantes, pero sin institucionalización alguna de la misma, con lo cual queda totalmente vacía de contenido, ya que no articula ninguna garantía de efectiva representación de intereses de la población inmigrante.

Hay un llamamiento a la acción de los poderes público para favorecer el ejercicio del derecho del sufragio de los extranjeros en el país de origen, con un

⁵⁶ Vid. más extensamente, J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, cit., pág. 136-144

⁵⁷ R. DAHRENDORF, "Citizenship and Beyond: the Social Dynamics of an Idea", *Social Research*, 1974, 48 y ss.

compromiso en la Ley de adopción de las medidas que sean necesarias a tal efecto (art. 6.4). Como puede observarse hay un compromiso explícito por llevar a cabo actuaciones o medidas positivas de favorecer (no de garantizar, ya que ello sólo sería posible mediante la instrumentación internacional de acuerdos) la conservación de los vínculos de los migrantes con su país de origen. Circunstancia que pone de manifiesto, una vez más, la precaria posición que ocupan en la actividad y la representación política: ante el Estado de acogida no disponen de los lazos de integración suficientes como para participar en la vida y actuación política y, en cuanto a su país de origen, se ven expuestos progresivamente a la pérdida del vínculo de ciudadanía que mantenían con el mismo.

c) Derechos de reunión y de manifestación

En este punto, la anterior Ley 7/1985, inicialmente, condicionaba el derecho de reunión y de manifestación en lugares de tránsito público a autorización administrativa previa, por lo que su inconstitucionalidad y nulidad en este punto fue declarada oportunamente por el TC, estableciendo con ello una diferenciación en el ejercicio de un derecho fundamental con respecto a los españoles que no encontraba cobertura en el art. 21 de la Constitución y advirtiendo que la exigencia de autorización previa no constituye sólo una limitación o restricción del derecho de reunión "sino su misma negación" (S. 115/87). Se trata, en opinión de dicho Tribunal, de un derecho inviolable de las personas, de modo que "su ejercicio no puede quedar limitado a los que poseen unos vínculos políticos con el Estado". Las correcciones inherentes a la posición del Tribunal Constitucional se efectuaron con posterioridad en el desarrollo reglamentario del RD 155/1996 y bajo los mismos términos es acogido ahora por el art. 7.1 del texto de la Ley Orgánica 4/2000, que tan sólo establece la obligación de los promotores de comunicar con carácter previo a la reunión o manifestación la celebración de las mismas (art. 7.2).

Ley rotula el art. 7 con la expresión "Libertades de reunión y manifestación", si bien, el contenido del precepto regula el "derecho de reunión" y, en cuanto al derecho de manifestación, no lo establece como tal, sino que contiene una mera referencia a "los promotores de ... manifestaciones" (art. 7.2). En segundo lugar, también es de notar que la nueva Ley no haga alusión a la condición de residentes de los extranjeros o promotores de la reunión o de la manifestación. Este aspecto constituiría una novedad importante, puesto que las diferencias con los nacionales no permitidas por el TC lo eran en relación con la autorización administrativa previa a la reunión o celebración de la manifestación, pero no con respecto a la exigencia de la legalidad de su estancia en nuestro país, exigencia que, sin embargo, figuraba en el art. 7 de la anterior Ley 7/1985.

d) Derecho de asociación

En la ordenación jurídica de este derecho, que tampoco admite diferencias en relación con los españoles, se ha introducido una diferenciación en la titula-

ridad del derecho: todos los extranjeros tienen reconocido el derecho a asociarse libremente, que ejercerán de acuerdo con las leyes que lo regulan para los españoles (art. 8), pero no así en lo que a su promoción se refiere. De acuerdo con ello, sólo pueden promover la reunión los extranjeros residentes en nuestro país, de manera que los inmigrantes en situación de ilegalidad no pueden asumir la iniciativa de constituir asociación alguna.

e) Derecho a la educación

Constituye éste uno de los aspectos más desarrollados de la nueva Ley respecto de la anterior, ya que la Ley 7/1985 contenía una mención genérica al derecho a la educación de los extranjeros (art. 9), si bien desarrollada con mayor alcance en el Reglamento de ejecución vigente, el cual, en su art. 2 configura el derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, incorporando una mención específica a la educación de los menores (art. 12). La anterior normativa condicionaba el alcance del derecho a la educación al principio de reciprocidad para ofrecer a los menores inmigrantes una educación de acuerdo con los contenidos establecidos en la Ley ordenadora del sistema educativo.

La Ley 4/2000 abandona el criterio de la reciprocidad y no condiciona a regulación convencional internacional el derecho a la educación, por más que Acuerdos tan importantes como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵⁸, y a nivel europeo, la Resolución del Parlamento sobre una Carta Europea de Derechos del Niño⁵⁹ deban inspirar toda la ordenación interna en esta materia. La Ley desarrolla este derecho sobre la base de tres planos diferentes de tratamiento:

En primer lugar, se sitúa el derecho de los menores de dieciocho años a la educación "en las mismas condiciones que los españoles" (art. 9.1), comprendiendo el acceso a la enseñanza básica, que será gratuita y obligatoria, derecho a la obtención de una titulación académica, así como el acceso al sistema público de becas y ayudas. Se trata, sin duda, de una medida importantísima en la progresión hacia la verdadera integración social de los migrantes en nuestro país en conexión con las posibilidades de reagrupación familiar.

En aras de fortalecer aún más dicha integración, en un segundo nivel se sitúa el acceso a la educación no obligatoria o educación universitaria o de especialización, que también se desarrollará "en las mismas condiciones que los españoles" (art. 9.2). Asimismo, en este nivel, podrán disfrutar del sistema público de ayudas y becas.

En ambos niveles de protección del derecho a la educación no existe subordinación alguna a la situación en que los extranjeros se encuentren en

⁵⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁵⁹ Resolución A3-0172/92.

nuestro país, por lo que se entiende que cubre tanto a los residentes legales como en situación ilegal o irregular. Sin embargo, es muy probable que el sistema de acceso a becas y ayudas para educación no básica, se supeditarán al cumplimiento de los requisitos propios de la residencia autorizada en nuestro país.

En último lugar se sitúa el derecho al desempeño de actividades docentes o de investigación científica, así como la creación y dirección de centros docente, derechos que se ejercerán de acuerdo con las disposiciones vigentes. Pero, en estos casos, el disfrute de tales derechos queda condicionado expresamente a la residencia legal en territorio español, por lo que alcanza exclusivamente a aquellos extranjeros con autorización para residir en España (art. 9.3).

f) Tutela judicial efectiva asistencia jurídica gratuita

La justicia como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) demanda la adopción de medidas como la garantía del derecho a la asistencia jurídica gratuita para quienes no disponen de medios (art. 119 CE), con objeto de que un derecho fundamental, como la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) no quede vacío de contenido por quienes deseen ejercerlo y carecen de medios económicos para ello⁶⁰.

Como contenido integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 138/1988), que tiene por destinatario no sólo a los españoles, sino también a los extranjeros, conforme a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (STC 93/1992 y 99/1995), el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros no admitiría diferencias con los españoles en cuanto a su contenido esencial y a las condiciones de su ejercicio.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita ha incluido dentro de su ámbito de aplicación a los extranjeros cuando residan legalmente en España (art. 2, a); por consiguiente, sujeta a la legalidad de la estancia en nuestro país el reconocimiento y condiciones de ejercicio del mismo, a excepción de la asistencia jurídica para litigar ante el orden contencioso-administrativo, por ser éste el de utilización para la impugnación de decisiones y actos administrativos relacionados con la entrada, estancia o salida de territorio español. Por su parte, el Reglamento vigente en materia de extranjería ha venido ofreciendo como contenido del derecho a la asistencia jurídica, la asistencia letrada en caso de detención (proporcionada de oficio) y a la asistencia de intérprete si fuera necesario; asimismo, la gratuidad de dicha asistencia queda condicionada a la demostración previa de la carencia de medios económicos (art. 2.3).

⁶⁰ M. CID CEBRIÁN, *La Justicia Gratuita. Realidad y Perspectiva de un Derecho Constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, pág. 89 y ss.

El restrictivo contenido que se ha dado por el Reglamento al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros (la Ley 7/1985, por su parte, sólo la contemplaba para los supuestos de expulsión)⁶¹, en comparación con el previsto por la Ley 1/1996 para los españoles, mejora en la Ley Orgánica 4/2000. En primer lugar, es de destacar en la Ley el tratamiento particularizado que efectúa del derecho a la tutela judicial efectiva, que es objeto de una proclamación formal (arts. 18 y 19), pero sin que añada contenidos nuevos que con anterioridad no estuvieran incorporados en varios preceptos de la Ley 7/1985 o del Reglamento de ejecución. Concretamente, en relación con los procedimientos administrativos en materia de extranjería así como la extensión a los extranjeros de las garantías previstas en materia de publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado, motivación de las resoluciones y derecho a recursos.

Sin embargo, en materia de expulsión continúa existiendo un régimen de ejecutividad específico de los actos administrativos que altera el sistema de los recursos frente al procedimiento administrativo sancionador, cuando se inicia el procedimiento de "expulsión de urgencia", el cual, señala el art. 19.2, "se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica". Sin embargo, la Ley no entra a regular un procedimiento urgente de expulsión, al modo en que lo hacía la Ley 7/1985, que tras la orden administrativa correspondiente se daba al interesado un plazo no inferior a setenta y dos horas para abandonar el territorio español; a ésta se remitía el Reglamento (art. 107.1, d) que contempla las expulsiones acordadas por autoridad gubernativa, cuya notificación y ejecución se efectuará de forma inmediata en supuestos relativos a estancias ilegales en territorio español, implicaciones en actividades contrarias al orden público, así como carencia de medios de vida propios, ejercer la mendicidad o desarrollo de actividades ilegales (art. 26.1º, f) Ley 7/1985).

La previsión de la Ley 4/2000 en relación con lo que llama el procedimiento de urgencia de la expulsión no se concreta en la misma. Es posible, por consiguiente, que sea objeto de desarrollo reglamentario y en este punto ha quedado un vacío que con el Reglamento anterior, permite dictar órdenes de expulsión por autoridades gubernativas cuya ejecutividad es inmediata, lo que dificulta el ejercicio del derecho a los recursos por parte del extranjero ya expulsado. En este sentido, el precepto contenido en el art. 59.2 no permite más que una desconfianza absoluta de las circunstancias en las que los extranjeros podrían llegar a hacer uso de su contenido, al disponer que cuando el extranjero no se encuentren en España".

El contenido de la asistencia jurídica gratuita se iguala con el que a los españoles reconoce la Ley 1/1996, pero sometiendo el disfrute del mismo a la residencia legal en España e inscripción en el padrón municipal de habitantes del extranjero que pretenda hacer uso del mismo. Para los inmigrantes ilegales

⁶¹ M. I. RAMOS QUINTANA, *Derechos de los trabajadores extranjeros*, cit., pág. 878 y ss.

se conserva el binomio asistencia letrada de oficio ante procedimientos administrativos o judiciales relacionados con su entrada, expulsión o salida obligatoria del territorio español, así como en los procedimientos de asilo, y asistencia de intérprete si fuera preciso (art. 20.1), lo cual queda muy por debajo del contenido íntegro de este derecho.

3.4. El cuadro de derechos de contenido social

a) Derechos de sindicación y de huelga

Aquí ha habido algunas novedades respecto al contenido de la Ley 7/1985 en lo que al derecho de libertad sindical se refiere: se proclama el derecho de los trabajadores extranjeros a sindicarse libremente o a la afiliación a una organización profesional (en referencia a las asociaciones de empresarios, que se rigen por la Ley 19/1997, de 1 de abril y el RD 873/1977, de acuerdo con lo establecido por la Disp. Derogatoria de la LOLS) "en las mismas condiciones que los trabajadores españoles" (art. 11.1). Las novedades consisten, en primer lugar, en la exclusión del requisito de residencia legal en España para poder sindicarse o afiliarse a una organización profesional. Con respecto a la libertad sindical, ello significa que el derecho no está condicionado a requisito alguno y que los trabajadores en situación irregular también pueden disfrutar del derecho de libertad sindical en todos sus contenidos; derecho a fundar sindicatos, de afiliación al sindicato de su elección, de abandono del sindicato, de elección y participación en órganos de representación y a la actividad sindical (art. 2.1 LOLS). La ley habla de trabajadores extranjeros, pero, evidentemente, no puede excluirse que se trate de extranjeros que hayan perdido su empleo, es decir, inactivos, en búsqueda de empleo o percibiendo prestaciones que pudieran corresponderle de la Seguridad Social. La otra novedad reside en que la Ley 7/85 prohibía la creación de sindicatos "de categoría" por extranjeros, al condicionar su afiliación a sindicatos españoles (art. 10), de manera que ahora la nueva Ley, aparentemente, no impide que puedan constituirse sindicatos exclusivamente por extranjeros.

Esa opción, sin embargo, no parece la más deseable en un contexto de integración social de los inmigrantes, puesto que el sindicato está llamado a representar y defender los intereses de los trabajadores en general, sin distinciones, en este caso, por razón de la nacionalidad⁶². Asimismo, se trataría de una operación abiertamente contraria a los mandatos constitucionales en relación con la igualdad, la pretensión de fragmentar los intereses de los trabajadores extranjeros en relación con los nacionales. No resulta constitucionalmente admisible

⁶² Cualquier intento de fragmentación de los intereses de los trabajadores por razón de la nacionalidad, de raza, o de origen resultaría una opción abiertamente contraria a nuestra Constitución, *vid.* M. I. RAMOS QUINTANA, *Derechos de los trabajadores extranjeros*, REDT, 1997, n° 86, pág. 899.

la creación de sindicatos de categoría de integración exclusiva por extranjeros, como tampoco lo sería la fórmula inversa, es decir, de creación de sindicatos que tuvieran como objeto la afiliación exclusiva de trabajadores españoles.

Una vez afiliados a cualquier organización sindical, el resto de derechos de carácter sindical habrán de desarrollarse bajo condiciones de estricta igualdad, de modo que esta exigencia se convierte, asimismo, en requisito ineludible de la acomodación de los Estatutos de la organización sindical a los mandatos constitucionales.

En cuanto al derecho de huelga, catalogado también por el art. 28.2 CE entre los derechos fundamentales, se ha producido un recorte en la expresión legal que, cuando menos, llama la atención, en la medida en que se proclama el derecho de los trabajadores extranjeros a la huelga y no se recoge mención alguna en cuanto a las condiciones de su ejercicio. La mera proclamación del derecho, con ser importante, no es suficiente para garantizar el efectivo disfrute del mismo. En este punto, la Ley 7/1985, declaraba que se ejercería "en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las... leyes reguladoras".

En el caso del derecho de huelga (La Ley 4/2000 rubrica el precepto del art. 11 como "Libertad de sindicación y de huelga", expresión que no pasa desapercibida; las expresiones libertad de huelga y derecho de huelga no se corresponden⁶³, debiendo estimarse en este caso que el legislador se está refiriendo sin más al derecho de huelga ex art. 28.2 CE). Sin duda, por ser un derecho fundamental no pueden establecerse otras condiciones de ejercicio de derechos por la sola condición de ser extranjeros, de modo que aun cuando la ley guarde un inexplicable silencio en este punto, el ejercicio de la huelga deberá discurrir por las mismas vías y procedimientos que las previstas con carácter general en el RDL 17/1977, de 4 de marzo, actual norma reguladora del mismo, con las correcciones aportadas desde el TC por la S. 11/1981.

b) Derecho a la Seguridad Social

Donde el legislador se ha mostrado verdaderamente confuso, haciendo gala de utilización de conceptos imprecisos ha sido en el terreno de dos derechos sociales básicos: el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, porque, a modo ya indicativo hay una repetición de rúbrica y de contenidos entre el art. 10 y el art. 14. El primero aparece bajo el título "Derecho al trabajo y a la Seguridad Social", y, por su parte, el segundo repite, de nuevo: "Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales". En el art. 10 se proclama el derecho de los

⁶³ Diferenciación cuyos orígenes se remontan a la triple clasificación de sistemas de huelga planteada por P. CALAMANDREI, "*Significato costituzionale del diritto di sciopero*", RGL, 1954, I, pág. 21 y ss. En la actualidad y, por todos, *vid.* M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho sindical español* (5ª edic.), Madrid, Tecnos, 1994, pág. 280 y ss.

extranjeros a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, concluyendo sobre ambos que su ejercicio se articulará “en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen”, al margen, claro está, de otras disposiciones conexas que regulan, precisamente, el derecho al trabajo con carácter general, y la normativa vigente en materia de Seguridad Social.

Por su parte, el art. 14 viene a establecer un nuevo marco de relaciones de los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social, diferenciando tres niveles de protección: a) extranjeros residentes, en cuyo caso, acceden a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (art. 14.1). De ser así, este precepto está modificando directamente el art. 7.1. de la Ley General de la Seguridad Social, en la medida en que éste⁶⁴ sólo establece la igualdad a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva. Con la excepción de los dispuesto en el art. 7.5, mediante la cual se admite la equiparación con los españoles en relación con las prestaciones de modalidad no contributiva, sólo para los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español. No se sabe por qué el legislador continúa incorporando en esta relación a los portugueses, cuando a ellos les es de aplicación la normativa comunitaria sobre Seguridad Social y no encajan en la descripción de un supuesto de excepcionalidad para hacer extensivo el principio de igualdad⁶⁵. Por consiguiente, los extranjeros con residencia legal en España habrán de acceder al conjunto de la acción protectora de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva.

En un segundo nivel, la Ley vuelve a referirse a los extranjeros residentes para reconocerles el derecho “a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles”, art. 14.2. Se desconoce qué conceptos está manejando el legislador, porque si se trata de servicios, en relación con los Servicios Sociales, debería referirse a ellos por su propio nombre, en relación a “los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social” (arts. 53 y 57 LGSS) que integran, como es sabido, principalmente, la rehabilitación de inválidos y la asistencia a la tercera edad (art. 38.1, e) LGSS) y que, o bien son de competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o bien de las Comunidades Autónomas mediante la transferencia de las competencias en esta materia⁶⁶.

La inclusión en este precepto de la noción de “prestaciones sociales” induce a confusión, porque prestaciones sociales propiamente dichas lo son las del sistema de Seguridad Social (básicas y complementarias). Si por medio de esa referencia en la Ley lo que se pretende es hacer alusión a la asistencia social, ésta no se integra en el concepto mismo de Seguridad Social⁶⁷, ya que figura en la LGSS dentro de la acción protectora como complemento de las prestaciones propias del sistema y de los servicios sociales (art. 38.2). Caracteriza a las medidas de asistencia social su consideración individualizada, no por pertenencia a un colectivo determinado, así como la “prueba de la necesidad”⁶⁸ de quien las solicita (personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, a sus familiares y a las personas que de ellas dependan, art. 55.1) y su carácter subsidiario, ya que sólo se conceden ante la falta, insuficiencia o agotamiento de las prestaciones propias del sistema de Seguridad Social, de modo que se tiene derecho a las mismas por parte de quienes no tienen derecho a las prestaciones de la seguridad social o bien, teniéndolo, resultan insuficientes o inadecuadas a las necesidades del beneficiario⁶⁹.

Por todo ello, cuando la ley alude a servicios y prestaciones que a posteriori califica de “generales y básicos” o “específicos” no está utilizando una terminología acorde con los conceptos jurídicos referidos a los derechos relativos a los servicios sociales o a la asistencia social. Probablemente haya que interpretar que cuando la Ley habla de servicios y prestaciones generales o básicos y específicos esté haciendo referencia a los servicios y prestaciones de asistencia social previstos expresamente en el art. 38.1, e) LGSS y a aquellos otros que eventual y puntualmente puedan crearse para un colectivo específico o para atender situaciones individuales determinadas.

En cualquier caso, lo que el confuso precepto viene a establecer es el acceso de los extranjeros residentes a estos contenidos de la Seguridad Social voluntaria. Llama la atención que haya desaparecido de la Ley Orgánica 4/2000 el derecho a crear fundaciones para fines de interés general que se contenía en el art. 10 del Reglamento; sin olvidar que las fundaciones laborales constituyen una vía de creación de mejora directa de prestaciones (art. 193 LGSS) con el fin de organizar obras de carácter asistencial para los trabajadores, permitiéndose su constitución no sólo mediante pacto en convenio colectivo, sino también por decisión unilateral empresarial. El inusitado interés que estos

⁶⁴ Según redacción dada por el art. 44 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre).

⁶⁵ Con respecto al Principado de Andorra, ha firmado un Acuerdo con la Comunidad Europea, pero básicamente de contenido económico, exactamente de supresión de barreras aduaneras, DOCE L 374 de 31 de diciembre de 1990.

⁶⁶ El RD 140/1997, de 31 de enero, por el que, entre otros contenidos, se transforma el Instituto Nacional de Servicios Sociales en Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (BOE de 6 de febrero) otorga a éste atribuciones en materia de gestión de servicios complementarios de las prestaciones de la Seguridad Social para personas mayores y personas con discapacidad (art. 4.2).

⁶⁷ Por todos, J. VIDA SORIA, “Asistencia en el ordenamiento de la seguridad social española”, RT, 1968, n° 11. M. R. ALARCÓN CARACUEL, “La integración de los servicios sociales y la asistencia social en la Seguridad Social”, TL, 1986, n° 7, pág. 9 y ss. HURTADO GONZÁLEZ, “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”, AL, 1999, T. II, pág. 461 y ss.

⁶⁸ M. ALONSO OLEA Y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de la Seguridad Social* (17ª edic.), Madrid, Civitas, 1999, pág. 527.

⁶⁹ Sin que cito las confunda con las no contributivas, prestaciones estrictas del sistema, no complementarias, *cfr.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia social*, RL, 1988, n° 16, pág. 1 y ss.

aspectos de la Seguridad Social complementaria ha despertado arranques, como es sabido, de la Ley 8/1987, de 8 de junio por la que inicialmente se regula la creación de Planes de Pensiones, configurados como instituciones de previsión voluntaria y libre, la cual ya permitía que las fundaciones laborales pudieran constituirse en fondos de pensiones⁷⁰.

Por último, para el resto de los extranjeros, "cualquiera que sea su situación administrativa" (art. 14.3 Ley Orgánica 4/2000), se establece el derecho a "los servicios y prestaciones sociales básicas" (art. 14.3). Si con el precepto anterior se suscitan dudas de interpretación, con éste, realmente, se ignora qué es lo que realmente se viene a establecer. Desde luego si son Servicios Sociales y Asistencia Social, la carga económica y la asunción de responsabilidades revierte de forma casi automática en las Comunidades Autónomas, porque prácticamente la totalidad de ellas tiene asumidas las competencias en estas materias⁷¹. Cabe pensar que, en este caso, el legislador se está refiriendo también como en el supuesto anterior (dado que las expresiones literales son idénticas) a los servicios sociales y la asistencia social. Resulta peligroso llegar a una conclusión como la que se aventura a continuación, pero se tiene la impresión de que estas fórmulas de imprecisión no son debidas a falta de puntualización técnica, sino buscadas, o cuando menos, no corregidas para favorecer una indeterminación que permita a la Administración dotar de contenido aquellos aspectos en los que la Ley no logra llegar. El Reglamento de ejecución de la nueva Ley, con seguridad, precisará cuáles son los servicios y las prestaciones a que pueden acceder los extranjeros ilegales en nuestro país, porque de la letra del texto legal no puede deducirse un contenido específico.

Con ello, queda configurado un modelo de Seguridad Social para extranjeros en el cual los residentes tienen derecho a las prestaciones básicas, que corresponde ofrecerlas al sistema general de Seguridad Social cuyo contenido económico sigue siendo de responsabilidad estatal. A las prestaciones básicas del sistema de Seguridad Social, se añaden los Servicios Sociales y la Asistencia Social, a los que pueden acceder los residentes legales, pero también los ilegales, cuyo coste económico y responsabilidad de los mismos revierte sobre las Comunidades Autónomas. En definitiva, son éstas las que asumen las cargas derivadas de los servicios sociales y la Asistencia Social para la totalidad de los extranjeros. El Estado, como se ve, con respecto a los inmigrantes ilegales no asume ni responsabilidad ni coste alguno de Seguridad Social.

⁷⁰ Con las adaptaciones por ella previstas (Disp. transitoria 1ª). Sobre las condiciones en que se elaboran los originarios Planes de pensiones a partir de esta Ley, como consecuencia de la transformación de otras fórmulas de previsión existentes con anterioridad, S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Planes y Fondos de pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico", RL, 1992, nº 7, pág. 24 y ss.

⁷¹ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social", RI, 1996, nº 5, pág. 9 y ss. Igualmente, J. LÓPEZ LÓPEZ, *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons-Generalitat de Catalunya, 1993.

c) Asistencia sanitaria

En la Ley Orgánica 4/2000 la asistencia sanitaria se concibe como un derecho autónomo escindido definitivamente de la Seguridad Social, superando la carencia en este punto que contenía la Ley 7/1985 y mejorando, asimismo, el contenido del Reglamento que se limita a admitir como posibilidad que los extranjeros puedan acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud (art. 9).

La reciente Ley, en desarrollo de compromisos internacionales, como el adquirido a través del Convenio nº 97 OIT, el cual obliga a los Estados parte del mismo a velar porque los trabajadores migrantes y sus familias "gocen de una protección médica adecuada" (art. 5, b) impulsa, sin duda, la protección de la asistencia sanitaria de la población extranjera en España, si bien graduando el contenido y la intensidad de la misma, en atención a la legalidad o ilegalidad de la estancia en nuestro país. Porque, si bien, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y proclamaba que son titulares del derecho a la protección de la salud "todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional" (art. 1.2), en lo que al desarrollo del mismo se refiere, volvía a una fórmula de nacionalización de la protección, cuando disponía que "la asistencia sanitaria pública se extenderá a la población española" (art. 3.2), provocando una escisión entre la titularidad del derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria⁷². Si por una parte se designaba a los extranjeros residentes como titulares del derecho a la protección de la salud (ex art. 43 CE), como derecho vinculado a la conservación de la salud desde el plano de la colectividad, sin embargo, al definir el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, en cuanto concreción material de la atención individualizada de aquel derecho colectivo⁷³, sólo se aludía a la población española.

La configuración jurídica del derecho a la asistencia sanitaria, de acuerdo con lo que combinadamente, establecía el Reglamento de la Ley de Extranjería, la Ley de Asistencia Sanitaria y la Ley General de Seguridad Social (art. 7.5) arrojaba un balance en el cual los extranjeros "residentes" podrían acceder a los servicios de asistencia sanitaria de acuerdo con la posición que ocupan en el

⁷² Vid. sobre este doble plano de distinción J. APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, Civitas, 1989, pág. 217 y ss.

⁷³ Sobre el carácter colectivo de la protección de la salud y la vertiente individual de la asistencia sanitaria, vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La organización de los sistemas de salud (la integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios públicos)*, I Congreso de Derecho y Salud, Asociación "Juristas de la Salud", Comunidad de Madrid, 1993, pág. 91 y ss. Otra lectura constitucional, en la misma línea, estima que junto al concepto de salud pública, hay un lugar para la individualización del "bien jurídico" que supone la salud del ciudadano, individual y, no sólo, colectivamente, considerado, J. P. LANDA ZAPIRAIN, *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Madrid, CES, 1999, pág. 26-29.

sistema de Seguridad Social, supeditando, con ello, la protección de la salud a la realización de una actividad remunerada.

En la actualidad, la nueva Ley de extranjería establece dos niveles de protección:

Uno, que tiene por destinatarios a los extranjeros residentes de forma legal en nuestro país (a quienes se exige la inscripción en el padrón municipal (como residentes, debe ser, y no, como transeúntes) en el que residan habitualmente), a quienes se atribuye el derecho a la asistencia sanitaria "en las mismas condiciones que los españoles", art. 12.1. Asimismo, en idénticas condiciones, este derecho se extiende a dos colectivos especialmente necesitados de protección y atención: a) los menores de dieciocho años que se encuentren en España (sin exigir en tales casos la regularidad o legalidad de la estancia), art. 12.3, b) las extranjeras embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4), bajo las mismas circunstancias.

Podría pensarse que se ha producido una desvinculación total del derecho a la asistencia sanitaria con el derecho a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, no es así, en la medida en que mayoritariamente, la población extranjera residente legal en España lo es, por razón del ejercicio de una actividad profesional (asalariada o autónoma), a excepción de otros familiares de los trabajadores y de aquellos extranjeros que no trabajan pero pueden permanecer en nuestro país, acreditando la disposición de medios de vida suficientes (pero que constituyen una minoría dentro de la población inmigrante).

Otro, integrado por la población inmigrante extranjera pero en situación de ilegalidad. En este nivel, la Ley contempla la asistencia sanitaria pública de urgencia en sólo dos supuestos. El primero de ellos, ante enfermedades graves, un concepto indeterminado que debería precisarse en el nuevo Reglamento, puesto que se deja a la discrecionalidad administrativo-sanitaria la estimación de la gravedad o no de la enfermedad. El segundo, ante accidentes, es decir, lesiones súbitas que provoquen la alteración de la salud. Tanto en uno como en otro caso (enfermedad grave o accidente) resulta indiferente la causa de la alteración de la salud (laboral o común) y la atención sanitaria se mantendrá hasta la situación de alta médica (art. 10.2).

Con relación a este último aspecto, poco añade la nueva Ley, como se ve. El grupo de inmigrantes en situación irregular continúa quedando en un nivel ínfimo de protección sanitaria, pues, como se ve, sólo accede a la misma ante estados graves de su salud, incurriendo el legislador en la peligrosa imprecisión de la gravedad de las enfermedades, lo cual puede determinar, como hasta ahora ha venido ocurriendo, que sólo en situaciones que presentan carácter extremo se atiende como pacientes por la sanidad pública a los inmigrantes ilegales.

d) Derecho al trabajo

Por su parte, el Derecho al trabajo lo concreta la Ley como derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena (art. 10.1).

En su configuración constitucional, el derecho al trabajo de los extranjeros quedó delimitado en la STC 107/1984, a partir de la afirmación del TC según la cual se trata de un derecho en que nada obliga a tratar por igual a los extranjeros en relación con los nacionales: Se trata de un derecho de configuración legal en el cual el legislador se encuentra habilitado constitucionalmente para establecer diferencias de trato en cuanto a su ejercicio, lo que se produce en el momento del acceso al empleo.

El derecho al trabajo de los extranjeros recibe en el ordenamiento español dos dimensiones de tratamiento, una en plano de desigualdad, que se corresponde con el estadio previo al contrato de trabajo, es decir, en la fase de búsqueda de empleo, y otra en términos de absoluta igualdad, relativa a las condiciones de trabajo.

La desigualdad en el acceso al empleo ha venido colocando al extranjero ante dos exigencias articuladas por medio de un determinado desarrollo legal en esta materia: en primer lugar, la necesidad de obtener *autorización previa* para trabajar en España (sea de forma asalariada o por cuenta propia) y en segundo término, el sometimiento a un procedimiento administrativo de concesión de tal autorización en el que rige el principio de *prioridad del mercado nacional de trabajo*. Ser autorizado para trabajar en territorio español y subsidiariedad con respecto a los españoles en la obtención de un puesto de trabajo constituyen los dos elementos identificativos de esa posición desigual, diferenciada, del trabajador extranjero respecto del nacional. Esta posición es exclusiva, resulta obvio volver a insistir en ello, de los inmigrantes extracomunitarios, ya que los trabajadores comunitarios gozan de un principio de igualdad con los nacionales que se extiende a este momento previo a la contratación laboral, por lo que no pueden ser objeto de diferencia alguna y no pueden imponerse criterios que dificulten la igualdad con los nacionales en el acceso a la oferta de un puesto de trabajo⁷⁴.

El Reglamento de ejecución de la Ley 7/1985 en su versión dada por el RD 155/1996, extendió la prioridad en la obtención de un puesto de trabajo no sólo a los trabajadores españoles, sino también a los ciudadanos comunitarios, así como a los extranjeros que ya se encontraran residiendo en nuestro país e inscritos como demandantes de empleo en la zona geográfica correspondiente (art. 76.I.1, b). Dicha preferencia consiste en que se compruebe la "insuficiencia o escasez de mano de obra en la profesión, actividad y zona geográfica para las que se solicite el permiso", así como el "régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero" (art. 76.I.1, a), sin que baste la mera alegación de existencia de paro o niveles de desempleo en nuestro país, sino que concurra un español, comunitario o extranjero residente a la oferta de trabajo que pretende ocupar el extranjero no residente⁷⁵.

⁷⁴ R. SASTRE IBARRECHE. *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, pág. 121 y 122.

⁷⁵ El TS ha sentado una línea de interpretación en este sentido tendente a reducir el margen de discrecionalidad de la Administración ante un concepto jurídico indeterminado como el de referencia, *cfr.* SSTs de 22 de mayo, de 5 de junio y de 3 de julio de 1987 (A. 3428, 4002 y 5196, respectivamente), de 25 de junio y de 7 de julio de 1990 (A. 4687 y 5815, respectivamente).

La nueva Ley Orgánica no altera el régimen vigente y continúa sujetando la obtención de permiso inicial para trabajar en España a la consideración de "la situación nacional de empleo" (art.35.2), con lo cual es previsible que el nuevo Reglamento continúe la tradición de las prioridades descritas en el procedimiento administrativo de concesión del mismo.

En cuanto al plano de la igualdad en las relaciones de trabajo, éste se sitúa en la relación laboral misma, esto es, una vez que se haya constituido dicha relación mediante el contrato de trabajo. El originario Estatuto de los Trabajadores del año 1980 ya incorporó en su art. 17 una versión de la no discriminación en las relaciones de trabajo comprensiva del rechazo a las que tengan por causa el *origen*⁷⁶ a las que deben unirse, en supuestos más extremos, las motivadas por circunstancia de *raza*⁷⁷, de los trabajadores, junto a otras posibles causas de discriminación expresamente señaladas en el precepto estatutario de referencia.

La proyección constitucional de la igualdad en su versión de no discriminación en el ámbito específico de las relaciones laborales irradia todo el contenido incorporado en el art. 17 LET, que, como es sabido, amplía notablemente las circunstancias determinantes de discriminación extendiéndolas a algunas de índole estrictamente laboral⁷⁸. Esta lectura del alcance de la prohibición de discriminar por razón de origen a los trabajadores extranjeros ha encontrado eco en la jurisprudencia constitucional al admitir abiertamente la equiparación con los trabajadores españoles en la "titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación" (STC 107/1984).

Nuestro país, al igual que sucede en otros de nuestro entorno más próximo⁷⁹, arrastra una larga tradición en este sentido, en cuanto a la proclamación formal de la igualdad en lo que a condiciones de trabajo se refiere, salpicada de algunos supuestos específicos de trato diferente. El origen de la misma se remonta a los últimos momentos de la Monarquía de Alfonso XIII, en que aparece un originario RD de 16 de enero de 1931, en el cual se ordena por vez primera el trabajo de los extranjeros en España y en el que el principio de igualdad con los nacionales se limita a la retribución en la relación de

⁷⁶ M. I. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., pág. 160.

⁷⁷ Estimando que entra las discriminaciones por razón de origen no se encuentra la nacionalidad e incorporándolas, precisamente, en el más amplio concepto de discriminación racial, M. RODRÍGUEZ-PINERO, "No discriminación en las relaciones laborales" en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, EDESA, 1983, T. IV, pág. 350 y ss.

⁷⁸ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, "El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo", DL, 1983, nº 8, pág. 18 y ss.

⁷⁹ G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, París, Edit. Liaisons, 1991, quien recuerda el carácter territorial que por regla general preside el ordenamiento laboral y que determina la aplicación de la norma sin distinción de nacionalidad, cfr. pág. IX y ss.

trabajo⁸⁰. La continuidad de esta iniciativa en el período republicano la representa inicialmente el Decreto de 8 de septiembre de 1932 y, con posterioridad, el de 29 de agosto de 1935, si bien, se introduce una restricción relativa a la extinción del contrato de trabajo de los extranjeros, consistente en ordenar que cuando las empresas tuviesen necesidad de suprimir mano de obra deberían iniciar los despidos con los trabajadores extranjeros en función de cada clase o categoría profesional⁸¹. La tradición legislativa de proclamación de condiciones de trabajo igualitarias se conserva durante el período franquista⁸², básicamente, en el Decreto 1870/1968, de 27 de julio⁸³. Sin embargo, hay que señalar que a pesar de esta secuencia en el tiempo, se detecta una diferenciación con los extranjeros de carácter sustancial en la medida en que el momento coincidente con la entrada y salida del mercado de trabajo constituirían las dos barreras insuperables: el acceso a la contratación laboral y el despido se convierten en los dos elementos que utiliza el legislador para romper con el principio de igualdad⁸⁴, de modo que ésta quedaba limitada al estricto disfrute de condiciones específicas de trabajo una vez producida la contratación, a excepción del momento extintivo del contrato⁸⁵.

Cuando aparece reconocido con mayor alcance el principio de igualdad en las condiciones de trabajo y ya sin fisuras es en la legislación postconstitucional, concretamente en el RD 1870/1986, que contenía la originaria redacción del Reglamento de la Ley 7/1985 y, finalmente, su versión actual procedente del RD 155/1996: la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales dentro del contrato de trabajo ha sido un aspecto incontrovertido a lo largo de la sucesivas modificaciones e innovaciones de que ha sido objeto este tema.

⁸⁰ Gaceta del 17, en cuyo art. 8 se establecía que "en ningún caso los trabajadores extranjeros cuya entrada y empleo en España se autorice por los Servicios correspondientes podrán recibir, en igualdad de capacidad profesional, salario, jornal o retribución inferior al que reciban en la localidad o comarca donde hayan de ejercer sus actividades los trabajadores españoles de la misma categoría".

⁸¹ Gacetas de 10 de septiembre de 1932 y 31 de agosto de 1935, respectivamente (este último con corrección de errores y publicación íntegra, de nuevo, en Gaceta del 3 de septiembre). Cfr. art. 11 del Decreto de 1932 en que aparece ya la previsión sobre los despidos.

⁸² Del régimen jurídico vigente en esa época da cumplida cuenta M. ALONSO OLEA, "Los trabajadores extranjeros en España" en *Las inversiones de capital extranjero en España*, Madrid, Centro de Estudios Tributarios, 1960, especialmente, pág. 620 y ss.

⁸³ BOE de 14 de agosto, el cual continuaba manteniendo invariablemente la tradición del despido preferente de los extranjeros frente a los nacionales (art. 13).

⁸⁴ Dando lugar a un proceso similar al desarrollado en otros países, vid. G. FINOCCHIARO, *La tutela giuridica dello straniero in Italia e nei paesi europei*, Rimini, Maggioli Editori, pág. 170 y ss.

⁸⁵ En su momento, se advirtió acerca de la inaplicación de estas previsiones reglamentarias, por aplicación de determinados Tratados suscritos por España impeditivos de la diferenciación en materia de despidos, vid. E. BORRAJO DACRUZ, *El trabajador extranjero en el Derecho laboral de España (Notas para un estudio)*, CPS, 1958, nº 38, pág. 36.

Bien es cierto que desde el Derecho internacional se ha desarrollado un notable esfuerzo en este sentido, entre el que merece una mención específica la labor de la OIT a través de varios Convenios impulsores de la consideración igualitaria del trabajo realizado por extranjeros respecto del realizado por los nacionales, destacando principalmente el Convenio n° 97, el cual extendió la igualdad al campo de la Seguridad Social⁸⁶. La consideración de igual valor (por utilizar expresiones más recientes en el lenguaje propio de la discriminación de género) del trabajo realizado por extranjeros en relación con el desarrollado por los nacionales es una afirmación en la actualidad incontestable, en aplicación, su vez, del Convenio n° 111⁸⁷ que, en su art. 2 obliga a cada Estado parte en el mismo a llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato, eliminando cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (art. 1.1). Este Convenio, en realidad, establece la prohibición de discriminación en todos los ámbitos de las relaciones de trabajo, incluido el acceso al empleo, lo cual se explicita claramente en su art. 1.2 al señalar que los términos “empleo” y “ocupación” incluyen “tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

La ratificación por nuestro país de este Convenio, sin duda, debería alentar una mayor extensión en el ámbito de la igualdad con respecto al trabajo de los extranjeros en nuestro país y su lectura debe conducir a una reconsideración de los dos planos perfectamente diferenciados de desigualdad en el acceso al mercado de trabajo e igualdad para una vez producida la contratación. De lo que no cabe la menor duda es de que la obligación impuesta en el art. 2 del citado Convenio no está siendo objeto de estricto cumplimiento en los términos hasta ahora planteados.

No se ha producido por nuestro país la ratificación del nuevo Convenio de la OIT sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, el Convenio n° 143, cuyos objetivos son mucho más amplios, previendo medidas de integración social como las que impiden considerar a un extranjero en situación ilegal o irregular por la pérdida de un empleo, y convirtiéndolo en beneficiario de un trato igual a los nacionales para la búsqueda de un nuevo empleo, medidas para absorber el desempleo y readaptación profesional⁸⁸.

⁸⁶ Adoptado por la Conferencia el 1 de julio de 1949, ratificado por España el 23 de febrero de 1967 y entrada en vigor el 21 de marzo de 1968 (BOE de 7 de junio de 1967).

⁸⁷ Adoptado por la OIT el 25 de junio de 1958 y ratificado por España el 26 de octubre de 1967 (BOE de 4 de diciembre de 1968).

⁸⁸ El Convenio n° 143 fue adoptado por la Conferencia General el 24 de junio de 1975. Dos excelentes ensayos sobre el contenido de los Convenios de la OIT citados y, en particular, sobre el n° 143, en A. JEAMMAUD, “*Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*”, DS, 1986, n° 5. R. M. BATTAGLIA, “*Le migrazioni abusive e l'occupazione illegale secondo la Convenzione n° 143 dell'OIL*” en *I lavoratori stranieri in Italia*, (a cura di G. GAJA), Bologna, Il Mulino, 1984.

El Reglamento vigente incorporó en el año 1996 una versión de la igualdad en las condiciones de trabajo no sólo respecto al “salario y demás condiciones de trabajo”, como venía siendo tradicional, sino que la hizo extensiva a la “protección social” inherente a la relación de trabajo. El contrato de trabajo celebrado con extranjeros no está exento de la obligación genérica de cotizar a la Seguridad Social y puesto que el nuestro es un modelo aún fuertemente contributivo, resulta no ya sólo coherente, sino exigible, en términos de justicia social, el acceso a las prestaciones que el sistema ofrece⁸⁹.

Por último, es preciso puntualizar que la atribución de la igualdad en la relación de trabajo parte de una premisa jurídica ineludible, como es la estancia o permanencia legal en nuestro país. La relación de trabajo también aparece teñida de las consecuencias derivadas de la distinción entre extranjeros legales e ilegales. Así es como se recoge en el art. 69 del RD 155/1996: “El salario y demás condiciones de trabajo y de protección social de los extranjeros *autorizados a trabajar en España*... no podrán ser inferiores en ningún caso, a los fijados por la normativa vigente... para los trabajadores españoles en idénticas circunstancias”.

La Ley 4/2000 guarda un celoso silencio en este aspecto, en la línea de los textos clásicos de extranjería, colocando en segundo plano el nivel de proclamación y alcance del reconocimiento de los derechos de contenidos social. Nada señala en relación con las condiciones de trabajo, de modo que la disposición reglamentaria en combinación con el precepto contenido en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores⁹⁰, así como la aplicación de los Convenios internacionales suscritos⁹¹ definen el panorama jurídico existente.

Una novedad incorporada a la Ley la constituye la proclamación como derecho el que corresponde a los extranjeros para el acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 10.2), acceso que podrá llevarse a cabo “de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones públicas” (art. 10.2, in fine).

⁸⁹ S. OLARTE ENCABO, *La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social*, AL, 1993, T. 3, pág. 552-553.

⁹⁰ Y, de forma añadida, otros preceptos estatutarios que regulan aspectos puntuales concernientes a condiciones específicas de los trabajadores extranjeros, como el contenido en el art. 7, relativo a la capacidad para contratar, y el art. 69.3 que les confiere el derecho a ser electores y elegibles en los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, bajo las mismas condiciones que los españoles.

⁹¹ Que son parte de nuestro ordenamiento interno, ex art. 96.1 CE y art. 1.5 CC y, por ello, aplicables por los tribunales de justicia y por las autoridades administrativas, e invocables por sus destinatarios, como resalta E. GIMÉNEZ CHORNET en su reciente (además de consolidada en el tiempo) actualización del listado de Convenios de la OIT de los que forma parte el Estado español, *vid.* “*Los Convenios de la OIT ratificados por España*”, REDT, 1999, n° 94, pág. 187-212.

En el acceso al empleo público existe, sin embargo, una desigualdad que deriva de la propia Constitución, puesto que el art. 13.2 limita la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 a los españoles. En dicho precepto la garantía de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos se reserva a "los ciudadanos". Sin embargo, como ya se dijo anteriormente, la extensión del contenido de este precepto a los comunitarios se llevó a cabo para ajustar el texto constitucional a las exigencias del Tratado de Maastricht en relación con los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales.

Con respecto a los ciudadanos comunitarios, el ejercicio de la libre circulación por el territorio comunitario presenta, sin embargo, una importante excepción: la que representa el acceso a "los empleos en la Administración pública" (inicialmente, en art. 48.4 del Tratado de Roma y hoy consolidado como art. 39.4 del Tratado de Amsterdam). La labor de precisión de los términos "empleo" y "Administración pública" por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido encomiable y ha conducido finalmente a una interpretación hoy no sometida a debate, según la cual los Estados miembros sólo pueden reservar a sus nacionales (excluyendo *rationae materiae* de la libre circulación) actividades que implican una participación en los poderes públicos.

A dicho Tribunal le resulta indiferente si el vínculo con la Administración es laboral o funcionarial, el elemento identificativo se encuentra en la función a desempeñar, mejor dicho, en el carácter de la misma, esto es, funciones o actividades directamente relacionadas con la defensa o promoción de intereses generales del Estado y funciones inherentes al ejercicio del poder público⁹². La asunción por parte de los Estados de funciones de contenido económico y social permite el desarrollo de múltiples actividades que no guardan relación alguna con el ejercicio del poder público. Este sería el ámbito susceptible de ser ocupado mediante los mecanismos de la libre circulación de trabajadores⁹³.

Más allá de los reclamos del Derecho comunitario, los inmigrantes provenientes de terceros Estados pueden acceder en condiciones de igualdad, específicamente, como personal laboral (no funcionario) al servicio de las Administraciones Públicas. Ni qué decir tiene que las limitaciones relativas a puestos de

⁹² Para un seguimiento de la construcción elaborada por el TJCE *vid.* M. I. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, *cit.*, pág. 144-146. Más recientemente, J. L. MONERERO PÉREZ y J. VIDA SORIA, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, MAP, 1991, y J. M. GÓMEZ MUÑOZ, *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, Madrid, CES, 1996.

⁹³ En nuestro país la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, da nueva redacción a la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, en cuanto al régimen de acceso de los ciudadanos comunitarios a los empleos en la Administración pública, haciéndose eco de las resoluciones vertidas por el TJCE en torno al concepto comunitario homogéneo de empleo público. Sobre este aspecto y más en profundidad, *vid.* M. MOLINA GARCÍA, *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, Comares, 2000.

trabajo que guarden relación con el ejercicio del poder público que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado resultan de plena aplicación por imperativo del Derecho comunitario, que si no lo permite para los comunitarios mucho menos para los extracomunitarios. En este sentido, la Ley 4/2000 amplía el ámbito subjetivo de la Ley de Función Pública en su versión dada por la Ley 55/1999, extendiendo el acceso a los extracomunitarios a puestos de trabajo que supongan vínculo contractual laboral con la Administración.

En otro pasaje, la Ley 4/2000 prohíbe los actos discriminatorios, otro de los aspectos novedosos incorporados a la misma, ya cuando se trate de actos emanados de las Administraciones Públicas en el acceso de los extranjeros a cualquier servicio público, como cuando provengan de actuaciones empresariales. Y, como una forma particular de discriminación, la Ley sanciona la indirecta, esto es, aquella consistente en "la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros..." (art. 21.2, e), por lo que en la definición de los puestos de trabajo, así como en el establecimiento de condiciones para el acceso a los mismos, la incorporación de reglas que, aun de forma indirecta, obstaculice la contratación de extranjeros incurriría en el supuesto tipificado legalmente.

e) Derecho a la vivienda y reagrupación familiar

Para una integración social efectiva y con directas conexiones con la reagrupación de la familia del trabajador migrante aparece por vez primera en la Ley de extranjería el derecho de los extranjeros con residencia legal en nuestro país (inscritos en el correspondiente padrón municipal de habitantes en donde residan habitualmente) al "acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda, que lo ejercerán en las mismas condiciones que los españoles" (art. 13), disposición que viene a desarrollar el compromiso establecido, si bien de forma genérica en el art. 6., a), III) del Convenio n° 97 OIT. Acceso a la vivienda como derecho que se encuentra precedido de un condicionante, la residencia legal en nuestro país. Este aspecto resulta sumamente importante dado que para la reagrupación familiar, y entre otros requisitos, el Reglamento vigente exige que el reagrupante acredite la existencia de "vivienda suficiente para él y sus familiares" (art.56.5), uno más de los múltiples conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la normativa de extranjería y que obligará a poner el aparato discrecional de la Administración⁹⁴.

La reagrupación familiar, efectivamente, es objeto de proclamación formal en la ley también configurado como un derecho de los extranjeros *residentes*.

⁹⁴ Incluyendo en el proceso aplicativo de la norma una estimación subjetiva de la propia Administración, E. GARCÍA DE ENTERRIA y T-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (9ª edic.), T. I, Madrid, Civitas, 1999, pág. 447. M. MOYA ESCUDERO y otros, *Régimen Jurídico del Permiso de Trabajo*, Granada, Comares, 1993, pág. 23 y ss.

En este punto, el Reglamento 155/1996 viene estableciendo que los familiares "podrán obtener un permiso de residencia por motivo de reagrupación familiar" (art. 54.3). En cambio, la Ley 4/2000 concibe dicho permiso como un derecho, no como mera expectativa, atribuido a los familiares siguientes: el cónyuge (bajo determinadas circunstancias relativas a la separación de hecho o de derecho, nuevas nupcias o existencia de más de un cónyuge, de acuerdo con ciertas prácticas en el modelo de familia de origen musulmán), los hijos (también atendiendo a ciertos requisitos de edad, filiación, etc) y ascendientes (sometidos, igualmente, al cumplimiento de ciertas características), así como familiares extranjeros de los españoles, no beneficiarios de la normativa comunitaria, según lo dispuesto en los arts. 16 y 17 de la Ley.

En los contornos de la reagrupación familiar también se han producido transformaciones de género, de manera que se han operado importantes cambios en relación, particularmente, con la figura de la mujer emigrante, abandonándose el modelo de la emigración femenina como "migración de arrastre", —la cual ha venido situando a la mujer en una posición de verdadera precariedad como sujeto de derechos, tanto de carácter político como social⁹⁵—, con dificultades añadidas para encontrar trabajo, convirtiéndose en inmigrantes propiamente dichas que se desplazan de su país en búsqueda de un puesto de trabajo⁹⁶. La incorporación de la mujer en los flujos migratorios, por derecho propio, sigue el mismo proceso de evolución que el correspondiente a la integración progresiva de la mujer en el mercado de trabajo.

En este punto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁹⁷ reconoce el derecho a la vida familiar sin injerencias, con respecto a la reagrupación familiar de los inmigrantes (art. 8)⁹⁸, así como en el art. XII del Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante⁹⁹, donde se proclama el derecho de "hacer venir junto a sí al cónyuge e hijos menores" y, por último, el art. 19.6 de la Carta Social Europea¹⁰⁰, donde los Estados Parte en el mismo asumen el compromiso de "facilitar en lo posible la reagrupación familiar del extranjero

⁹⁵ Vid. R. MESTRE, "Género e inmigración en el Estado español. Discursos y derechos excluyentes", *Sociología del Derecho*, 1999, nº 1, 81-84.

⁹⁶ Vid. A. IZQUIERDO, *La inmigración inesperada*, Madrid, Trotta, 1996, pág. 123 y ss.

⁹⁷ Roma, 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 29 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre).

⁹⁸ Vid. los comentarios acerca de la utilización de este derecho de reagrupación familiar pensado originariamente para los inmigrantes y su desnaturalización, en C. SMART, *Feminism and the Power of Law*, London-New York, Ed. Routledge, 1989, pág. 145 y ss.

⁹⁹ De 24 de noviembre de 1977. Ratificado por instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE 18 de junio de 1983).

¹⁰⁰ Turín, 18 de octubre de 1961, ratificada por el Estado español con fecha de 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio)

regular"¹⁰¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llevado a cabo en este aspecto una importante labor señalando que la denegación de permisos de residencia o la expulsión o devolución de familiares de inmigrantes establecidos en el Estado de acogida vulneran lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo y ha habido una construcción muy restrictiva sobre la reagrupación familiar en general y, más aún, cuando el sujeto que hace venir a sus familiares es una mujer inmigrante¹⁰².

El derecho a la reagrupación familiar presenta como contenido la concesión del permiso de residencia a los familiares del inmigrante, ahora bien, en los términos en que dicho contenido aparece configurado en el art. 17, pfo. 1º de la Ley 4/2000, hay que estimar que se trata de un derecho de concesión automática, sin consideración de otras circunstancias que no sean las de índole estrictamente familiar. De lo contrario, la reagrupación quedaría vacía de contenido.

4. SITUACIONES JURÍDICAS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

La condición de residente legal en España sólo puede alcanzarse mediante el cumplimiento de una serie de requisitos que establece la Ley en el T. II, mediante la definición de diferentes situaciones jurídicas en las que pueden encontrarse los extranjeros en nuestro país. Los movimientos de entrada, estancia y salida del país en la medida en que continúan considerándose como medidas que afectan al orden público y a la seguridad interior del Estado, sin olvidar que, asimismo, afectan a la configuración de las fronteras exteriores de la Comunidad Europea.

4.1. La entrada de extracomunitarios: recrudescimiento de condiciones tras los Acuerdos de Schengen

La *entrada* al territorio español debe hacerse por los puestos habilitados a tal fin, con pasaporte o documento de viaje e, incluso, visado, según señalen los convenios internacionales suscritos por España en esta materia. Ya el Acuerdo Schengen introdujo un recrudescimiento de las condiciones para obtener el visado: el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miem-

¹⁰¹ Vid. sobre la integración social de la familia de los migrantes, desde una perspectiva internacional comparada, R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*. Oxford, Clarendon Press, 1997, en particular, pág. 77 y ss., así como la interesante relación de normas de derecho interno e internacional sobre migraciones de trabajo, pág. XXIV y ss.

¹⁰² Especialmente, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandi*, Asunto 28.V, 1985, Cour. Eur. De Droits Humaines, serie A, nº 94. Un amplio seguimiento de la trayectoria del Tribunal Europeo en materia de reagrupación familiar en R. MESTRE, "Género e inmigración en el Estado español. Discursos y derechos excluyentes", *cit.*, pág. 86 y ss.

bros y la práctica de controles sobre dichas personas se integró en el haz de materias sometidas a cooperación intergubernamental, todo ello en conexión con el objetivo de la supresión de fronteras interiores en el territorio comunitario¹⁰³. En particular, el visado pasa a convertirse desde Schengen en requisito imprescindible para el ejercicio de actividades laborales en relación con extranjeros provenientes de países de terceros Estados¹⁰⁴. La aparición de los Reglamentos CEE 1683/95, de 29 de mayo, por el que se establece un modelo uniforme de visado para estancias no superiores a tres meses o para tránsito¹⁰⁵, y del Reglamento CEE 2317/95, de 25 de septiembre, mediante el cual se señala cuáles son los terceros Estados cuyos nacionales deben estar provistos de visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros¹⁰⁶, marcan las pautas de la actuación legislativa española, como no podía ser menos.

Los términos de la Ley revelan que por regla general los extracomunitarios deben cruzar la frontera provistos de visado, salvo que por convenio internacional se establezca lo contrario (art. 23. 2). Las excepciones a dicha regla las constituyen: a) los extranjeros titulares de autorización para residir en España, b) quienes soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada, c) por razones excepcionales de índole humanitaria, interés público, o cumplimiento de compromisos adquiridos por España (art. 23.2, 3 y 4), y d) extranjeros que ya se encuentren en territorio español u cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia (art. 25.1). La generalización del visado, como puede comprobarse, facilita el control de los movimientos de entrada de extranjeros a nuestro país, especialmente, por su repercusión en cuanto a una posible circulación posterior por el territorio de otros Estados miembros de la UE, pero, sobre todo, supone una medida de fiscalización para evitar la entrada de personas que supongan un peligro para el orden público y la seguridad nacional no sólo del Estado español, sino de todos los Estados partícipes del acervo Schengen¹⁰⁷.

La Ley establece una prohibición específica, como es la entrada de extranjeros que hayan sido objeto de expulsión, a quienes tampoco se facilitará visado alguno, en tanto dure la prohibición de entrada, e igualmente, esta prohibición se extiende a los extranjeros que no tengan permitido entrar a otro país con el

¹⁰³ Al cumplimiento de este objetivo se encaminó la incorporación del T. VI al Tratado de Maastricht (*Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*) que, con posterioridad ha sido reestructurado y modificado por el art. 1.11 del Tratado de Amsterdam. A su vez, los contenidos del Acuerdo de Schengen, como ya se dijo, se han incorporado al *Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la UE*.

¹⁰⁴ M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, cit., pág. 30-41.

¹⁰⁵ DOCE de 14 de julio de 1995, L 164/1.

¹⁰⁶ DOCE de 3 de octubre de 1995, n° L 234/1.

¹⁰⁷ Vid. M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, cit., pág. 32.

que España tenga firmado convenio al respecto (art. 24.1), de modo que todo el espacio Schengen vuelve a entrar en funcionamiento para impedir el acceso por ninguna frontera exterior de extranjeros expulsados o a los que se les ha denegado visado de entrada.

El Reglamento que se anuncia de ejecución de la Ley determinará la forma y procedimiento de concesión así como las causas posibles de denegación del visado, si bien la Ley advierte que se otorgará teniendo en cuenta la satisfacción de los intereses nacionales y los compromisos internacionales asumidos por nuestro país (art. 25.2), supuesto en que los Acuerdos de Schengen volverán a delimitar el umbral de lo permisible o prohibitivo.

La salida del territorio español puede hacerse de tres formas: libre o voluntariamente, de forma prohibida y de forma obligatoria. La voluntariedad no presenta otro límite que las excepciones previstas por el Código Penal y la propia Ley Orgánica 4/2000. La prohibición de salida deriva de una orden del Ministerio del Interior por razones de seguridad nacional o de salud pública. Por último, la salida es obligatoria ante dos supuestos: la expulsión y la devolución.

En lo que se refiere a la *expulsión* y sin que aquí se pretenda llevar a cabo un análisis de la Ley en la medida en que su importancia y actual tratamiento jurídico lo requiere, está previsto que pueda llevarse a cabo tanto por orden judicial como por orden administrativa (art. 26.3), de acuerdo con las causas constitutivas de infracción grave o muy grave, previstas en el art. 49, apdos. d), e) y g), presentándose, en ocasiones, como alternativa a la sanción de multa (art. 53).

4.2. La permanencia en territorio español para la realización de actividades económicas

Las situaciones de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000 se reconducen a tres supuestos: estancia, residencia temporal y residencia permanente.

La *estancia* supone un período breve de permanencia en el territorio español, no superior a noventa días, si bien, es susceptible de prorrogarse por otros tantos (art. 28). En la ordenación jurídica anterior, el período máximo de estancia era de noventa días, con lo cual, ante la posibilidad de prórroga, la nueva Ley lo extiende hasta ciento ochenta días (art. 28.2). No se puntualiza si las prórrogas deben obtenerse antes de la fecha para la cual se autoriza la estancia, como hacía la Ley 7/1985 (art. 13.1, a). Ante el silencio y la ambigüedad que esta omisión genera, cabe pensar que continúa siendo de aplicación el régimen previsto en el Reglamento de ejecución vigente, por lo que sigue exigiéndose el deber de obtener la prórroga con antelación a la finalización de la validez de la autorización de estancia inicialmente obtenida. Esta interpretación se corresponde con la falta tipificada como grave en el art. 49, a) de la Ley, sancionando la situación de "*encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia*".

Más importante, de cara a la integración social de los extranjeros, es la situación de *residencia*, en la cual se distinguen dos estatutos diferentes, el de la *residencia temporal* y el de la *permanente*.

La Ley Orgánica 7/1985 pretendió evitar que las situaciones iniciales de estancia se transformaran en una especie de "puente" o "salvoconducto" para acceder a la condición de residentes (según afirmaba textualmente, su Exposición de Motivos), diferenciándolas y separándolas en la configuración de su régimen jurídico. En la actualidad, se permite conectar una estancia inicial, bien con una prórroga de la misma o alternativamente con la solicitud de un permiso de residencia.

La posibilidad de la residencia de extranjeros en España con carácter permanente era desconocida en la anterior Ley de extranjería, pero el RD 155/1996 introdujo esta figura, regulando las condiciones necesarias para su obtención. En consecuencia, esta es una distinción que ya figuraba en nuestro ordenamiento jurídico, sólo que ahora se eleva el rango normativo de la norma que reconoce la distinción entre ambos tipos de situaciones jurídicas.

La residencia temporal puede alcanzar una duración de cinco años (el RD 155/96, la extendía a seis), a partir de la cual se podrá solicitar la autorización para residir permanentemente, de modo que se trata de dos situaciones que la Ley configura de modo secuencial en el tiempo.

La nueva Ley establece (art. 29.2) quiénes son los titulares del derecho a residencia temporal: a) extranjeros que disponen de medios de vida propios, b) aquéllos que se propongan realizar actividades por cuenta propia, c) quienes tengan una oferta de contrato de trabajo y d) beneficiarios del derecho a reagrupación familiar. Un supuesto específico lo constituyen aquellos extranjeros que acrediten una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español y, además, figuren empadronados en el municipio correspondiente al formular la petición, a quienes se les exige para obtener el derecho a residir temporalmente en España que cuenten con medios de vida propios.

Resulta verdaderamente difícil acreditar la estancia ininterrumpida en nuestro país durante dos años, pues no se sabe a través de qué medios es posible justificar no ya sólo haberse encontrado en España durante ese lapso de tiempo, sino, además, que no se ha interrumpido dicha estancia, a lo que se une la exigencia de contar con medios de vida suficientes, lo cual no responde a las circunstancias en las que se encuentra la mayoría de la población inmigrante en situación ilegal. Para la prórroga de este permiso se requiere la continuidad de las mismas circunstancias que motivaron su concesión inicial, lo que introduce la contradicción de la valoración de los dos años anteriores de estancia ininterrumpida (no parece que pueda ser requisito, de nuevo, exigible, ya que el extranjero con permiso de residencia puede entrar y salir del país por un período no superior a seis meses (art. 60.1 RD 155/96). Un supuesto verdaderamente complejo del que se ignora cuál es la finalidad pretendida por el legislador al regularlo.

Sin duda, el aspecto más novedoso en su regulación (ahora) orgánica lo representa la situación de *residencia permanente*, a la que se puede acceder

cuando se ha agotado el período de la temporal (cinco años), si bien, excepcionalmente, el Reglamento establecerá los criterios para eximir de dicho plazo a extranjeros "en supuestos de especial vinculación con España" (art. 30). Este aspecto sólo aparece mencionado en la Ley y será el Gobierno el órgano que determine qué criterios definen la vinculación, que como ya es tradicional, hasta ahora se ha establecido en relación con países que por motivos históricos han tenido una relación particular con España, países iberoamericanos, sobre todo, y algunos orientales, como Israel o Filipinas. Nada impediría que la vinculación en la actualidad se reconociera con respecto a países del Magreb, no sólo por las relaciones que unilateralmente mantiene el Estado español con ellos, sino por la especial posición que han logrado ocupar en el ámbito europeo, a través de los Acuerdos de Cooperación ya citados.

En todo caso, éste sería un terreno más propicio para actuaciones propias de la diplomacia española que para regulaciones jurídicas de excepción susceptibles en cualquier momento de modificación o, simplemente, de supresión. El Estado español debiera afrontar un enérgico despliegue de posibilidades diplomáticas con aquellos países con los que le unen vínculos de carácter histórico, geográfico o político, a fin de cerrar compromisos internacionales en materia de movimientos migratorios. Principalmente, los países del norte de África y sur de América debieran constituir un objetivo primordial en esa labor, sin que nada se oponga a que España desarrolle una posición de iniciativa, dado su carácter de país receptor de numerosos flujos migratorios provenientes de dichas zonas. Más que regímenes específicos, tratos preferentes, excepciones a reglas comunes, etc. debiera abordarse vía convencional el establecimiento de reglas definitivas sobre las condiciones en que se inician, desarrollan y concluyen los desplazamientos hacia nuestro país en búsqueda de un empleo en aras de propiciar un adecuado movimiento migratorio que garantice unas condiciones mínimas de salida del país de origen, integración en el de acogida y de retorno.

La incorporación a la Ley de extranjería del *status* de la residencia permanente es producto de los imperativos del Derecho Comunitario, el cual, en sesión del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995, adoptó la Resolución de 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros de la UE¹⁰⁸. La Resolución responde a un deseo de armonización de las políticas de inmigración de los diferentes Estados integrantes de la Unión, incorporando aspectos novedosos en la política de integración social de la población inmigrante que ya reside en el territorio de los Estados miembros.

En esa línea de integración social, en nuestro país, después de promulgado el RD 155/96, varios Acuerdos del Pleno del Congreso¹⁰⁹ han instado al Gobierno a adoptar medidas de mayor integración de los extranjeros residentes

¹⁰⁸ DOCE C 80 de 18 de marzo de 1996.

¹⁰⁹ De abril de 1991, de septiembre de 1996, de junio de 1998.

en nuestro país. La autorización de residencia permanente, sin embargo, se aborda por vez primera en el Reglamento de la Ley 7/85, sin que posteriormente haya habido otra manifestación normativa al respecto. La promulgación de la Ley Orgánica 4/200 supone, no obstante, algunas novedades.

En primer lugar, señala que la residencia permanente es una *situación* que no sólo autoriza a residir indefinidamente en España (extendiéndose la Ley más allá de los diez años que impone la Resolución comunitaria), sino que autoriza "a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles" (art. 30.1). Si ello fuera así, indudablemente, la sola autorización de residencia permanente bastaría como permiso para trabajar realizando actividades lucrativas por cuenta propia y ajena. Si la residencia permanente autoriza, por sí misma, a trabajar y además en las mismas condiciones que los españoles, sería innecesario obtener, además, un permiso de trabajo. El acceso al empleo y las condiciones de trabajo quedarían regidas por el principio de igualdad tan pronto se obtuviera la autorización para residir de forma permanente en nuestro país. Sin embargo, como se verá, esa no es la lectura que ha de deducirse del precepto ahora comentado.

En segundo lugar, el tiempo de residencia que es preciso acreditar, constituye el otro elemento constitutivo del derecho a residir de forma indefinida. Este se acorta en relación con la ordenación reglamentaria anterior de seis a cinco años, contemplando como excepción períodos aún más cortos en razón de los vínculos históricos ya mencionados.

Como punto final, en la ordenación de las situaciones de los extranjeros en España, la Disposición Transitoria Primera prevé un procedimiento para *regularizar* la permanencia de extranjeros que se encuentren en territorio español de forma ilegal y que deberá tener lugar antes de 1 de junio de 1999. Dicho procedimiento ha quedado previsto exclusivamente para quienes acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los últimos tres años y que ha tomado forma bajo el RD 239/2000, de 18 de febrero, con objeto de dotarles de permiso de residencia (temporal, siempre supeditado a la acreditación de medios de vida propios) o de permiso de residencia y de trabajo (si disponen de oferta de contratación), según señala el art. 1 del citado RD.

5. TRABAJADORES INMIGRANTES Y RELACIÓN DE TRABAJO

5.1. Autorizaciones para trabajar: retorno a distinciones superadas y regulación confusa

Con carácter general, la Ley es continuadora de la larga tradición de someter a autorización administrativa previa el trabajo de los inmigrantes extracomunitarios en nuestro país. Autorización para trabajar es el término que utiliza la Ley, en ocasiones, con carácter genérico, refiriéndose a ser considerado apto para realizar una actividad económica u ocupar un puesto de trabajo

en nuestro país, y en otras, de modo específico, en cuanto autorización prevista sólo para aquellos extranjeros que pretenden trabajar de forma autónoma o por cuenta propia (art. 33.1 y 33.3), reduciéndose la expresión tradicional de "permiso de trabajo" sólo para autorizar la realización de trabajos por cuenta ajena. El Reglamento debe cuidar este aspecto, a riesgo de incurrir en una generalizada confusión en la que no se sabe qué consecuencias anudar a la tenencia o carencia de uno y otro tipo de autorizaciones administrativas, pues, sin duda, se ha querido volver a la vieja fórmula utilizada por los Decretos de 1968 y de 1974 de distinguir autorizaciones administrativas, para autónomos y permisos de trabajo, para asalariados. La Ley 7/85 abandonó esa distinción en la medida en que el permiso en sí ya revelaba la existencia de un autorización administrativa para trabajar.

En principio, pudiera pensarse que se ha eliminado la obligación de contar con permiso de residencia y de trabajo de la misma duración, puesto que la nueva Ley no efectúa la misma proclamación que en este sentido hiciera la anterior Ley 7/1985 (art. 15). El sistema de permisos conjuntos que simultáneamente debían solicitarse y, tras la sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo, obtenerse a través de un documento unificado, da la impresión de abandonarse en la nueva Ley, puesto que aborda separadamente la ordenación de ambas autorizaciones.

Sin embargo, de la confusión que se desprende del articulado y de algunos términos en que la Ley se manifiesta, especialmente, del contenido del art. 36 en que se señalan las condiciones para obtener el permiso de trabajo, así como del sistema de infracciones y sanciones recogido en le T. III, ha de concluirse que continúa siendo válida la opción legislativa anterior de simultanear las autorizaciones para residir y para trabajar.

La autorización administrativa de los trabajadores autónomos se condiciona a la tenencia de título apto para la actividad que pretende desarrollarse y, en su caso homologación¹¹⁰. En cuanto a los trabajadores asalariados, al empleador, dice la ley— se le obliga a solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (art. 33.3). Debe sobreentenderse que esta obligación del empresario procede ante supuestos en que el propio trabajador no cuente con permiso de trabajo en vigor, en cuyo caso, la obligación del empresario finaliza cuando se cerciora de la vigencia de dicho permiso en relación con el contrato que pretende celebrar con el extranjero.

Concluye este precepto de la Ley relativo a la "Autorización para la realización de actividades lucrativas" disponiendo que la carencia de la autorización administrativa para trabajar no invalidará el contrato de trabajo respecto de los

¹¹⁰ Son conocidos los problemas de homologación y de colegiación en los extranjeros que desean realizar actividades profesionales, cuya tenencia con carácter previo o posterior al permiso de trabajo ha sido objeto de discusión, M. I. RAMOS QUINTANA, "Sobre la colegiación de odontólogos argentinos y los requisitos para el ejercicio profesional de los extranjeros en España", REDT, 1992, n° 52, pág. 469 y ss.

derechos del trabajador extranjero, aunque dará lugar a las responsabilidades del empresario que para estos supuestos ha establecido la Ley dentro del apartado de infracciones y sanciones (art. 50, e), que prevé como sanción multa de una a diez millones de pesetas, art. 51.1, c). Una novedad de la Ley digna de tenerse en cuenta es la desaparición de la causa de expulsión de los extranjeros que se encuentren trabajando sin permiso —que aún está presente en el Reglamento, debiendo interpretarse que la Ley cambia el tratamiento sancionador, por lo que dicha medida resulta inaplicable—. La falta de permiso para la realización de trabajos por cuenta ajena se tipifica en la nueva Ley como infracción susceptible de aplicación de otras medidas sancionadoras exentas del rigor de la expulsión.

5.2. Permisos de trabajo para trabajar por cuenta ajena: los efectos sobre el contrato de trabajo

El permiso de trabajo se define en el art. 35.1 como la autorización para realizar en España actividades lucrativas por cuenta ajena.

La Ley no especifica qué autoridad dentro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales es la competente para su concesión; tampoco alude a su simultaneidad con el permiso de residencia, por lo que habrá que esperar al procedimiento que se diseñe en el Reglamento de aplicación.

Como novedad importante han desaparecido las preferencias en la obtención de permiso de trabajo que la Ley 7/1985 estableció (art. 18.3); algunas de ellas han pasado a integrar excepciones al contingente anual de mano de obra (art. 38) y otras, han quedado configuradas como excepciones a la obligación de proveerse de permiso para trabajar (art. 39.2); otras, finalmente, han desaparecido como tales preferencias; exactamente, las relativas a descendientes de extranjeros que habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España; hispanoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes; igualmente, han perdido la posición de preferencia las personas originarias de la ciudad de Gibraltar y extranjeros ligados por parentesco de primer grado con el empresario.

Como criterios para conceder inicialmente el permiso de trabajo, se encuentra la ya comentada "situación nacional de empleo" (art. 35.2), desapareciendo toda referencia a los criterios de reciprocidad con el país de origen del solicitante. Su duración será siempre inferior a cinco años, susceptible de renovación en dos supuestos: a) si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron la concesión inicial (dando a entender que cabe la renovación ante contrato que exceda en su duración de la inicialmente prevista en el permiso; o bien que la empresa formule oferta de nuevo contrato, para lo cual se renueva el permiso; habrá que comprobar qué secuencia siguen los diferentes tipos de contrato a que se somete al trabajador extranjero por la misma empresa, a fin de evitar el fraude en la contratación temporal de los inmigrantes); b) cuando se cuente con nueva oferta de trabajo, pero aquí el derecho a la renovación del permiso previsto en la Ley no es automático, sino que se supedita a los

términos que establezca el nuevo Reglamento, en relación con la nueva oferta o nueva contratación.

Transcurridos cinco años de realización de trabajos previamente autorizados al extranjero, el permiso de trabajo adquiere carácter permanente (art. 35.5), sin que aclare la ley si se precisa declaración administrativa al respecto, del mismo modo en que ocurre con la declaración obligatoria relativa al permiso de residencia permanente.

Aparecen en la Ley los "permisos especiales de trabajo" (art. 36) cuya obtención y renovación no se supedita al cumplimiento de los requisitos de carácter general. Son permisos especiales aquellos que se conceden a extranjeros que han obtenido el permiso de residencia por la vía del art. 29.3, esto es, quienes lleven dos años ininterrumpido en territorio español, figuren empadronados en el municipio al solicitar el permiso de residencia y cuenten con medios de vida propios. El permiso de trabajo se concede automáticamente, con una duración de un año y se renueva mientras persistan las mismas circunstancias (art. 36.1). O sea, se concede el permiso de trabajo por el sólo hecho de haber obtenido el de residencia, de lo cual se deduce el absurdo de autorizar la realización de un trabajo para alguien que debe demostrar que cuenta con medios económico suficientes para su subsistencia (sic), a lo que se añade la incoherencia de conceder un permiso de trabajo para alguien que quizá no justifique oferta de colocación o propuesta de contrato de trabajo.

Esta opción en la Ley refleja una paradoja inexplicable, como es dar mayor facilidad para la obtención del permiso de trabajo a quien ha estado durante dos años en situación irregular en España que a quien desde el principio ha residido regularmente, por la necesidad de aportar en este último caso oferta de trabajo efectiva. Y exactamente la misma contradicción cabe señalar respecto del momento de su renovación.

Se incorporan también como permisos especiales los relativos a la renovación (no concesión inicial) los que corresponden a extranjeros que se encuentran en una de las siguientes situaciones: percibiendo prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación y cuando sea beneficiario de prestación económica asistencial, destinada a obtener su inserción laboral o reinserción (art. 36.2), principalmente, por tanto, subsidio de desempleo. Esta decisión del legislador viene a resolver el problema suscitado sobre la percepción de prestación (o subsidio) por desempleo tras la caducidad del permiso de trabajo y que obligó al Tribunal Supremo a unificar doctrina sobre esta materia. La solución aportada por dicho Tribunal fue la de extender el derecho a la protección de la Seguridad Social aun cuando haya caducado el permiso de trabajo, pero exista permiso de residencia en vigor¹¹¹.

¹¹¹ STS de 21 de diciembre de 1994 (A. 10349), doctrina reproducida en la STS 21 de septiembre de 1995 (A. 6787). Sobre el tratamiento de los trabajadores extranjeros hasta ahora existente en materia de protección por desempleo, *vid.* S. OLARTE ENCABO, "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros...", *cit.*, pág. 562 y ss. M. LÓPEZ BALAGUER, *La situación legal de desempleo de los trabajadores extranjeros en España*, Poder Judicial, 1996, n° 40, pág. 369 y ss.

El régimen jurídico delimitador de la exigencia de permiso de trabajo de los extranjeros para trabajar en nuestro país concluye con un larga relación de supuestos excepcionales en los que pese a venir a España para realizar actividades profesionales no existe obligación de proveerse de permisos de trabajo (art. 39). El contenido de la relación no difiere demasiado de su homónimo en la Ley 7/1985 (art. 16). Hay que constatar la desaparición de la referencia a las personas originarias de Gibraltar, cuando pretendan realizar actividades por cuenta propia (a quienes se ha suprimido también su preferencia para trabajar por cuenta ajena). Es novedosa la incorporación de extranjeros que formen parte de órganos de representación y gobierno y administración de sindicatos homologado internacionalmente, limitándose su actividad a funciones estrictamente sindicales. En todos los casos se precisa obtener declaración administrativa o resolución mediante la cual se les declara dicha excepción y cuyo procedimiento ha quedado relegado a desarrollo reglamentario.

La carencia de permiso de trabajo unida al hecho de encontrarse trabajando, aunque el extranjero cuente con permiso de residencia válido, ha sido causa de expulsión de nuestro país, desde la promulgación de la Ley 7/1985 (art. 26.1, b). Sin embargo, la nueva Ley de extranjería tipifica la carencia de permiso como falta de menor gravedad, diversificando el grado de la misma en función de dos circunstancias: a) si no se dispone de permiso para trabajar (por no haberlo solicitado o porque ha sido denegado), pero con permiso válido para residir temporalmente, la falta se califica como leve (art. 48,c) a la que se aplicará una sanción en proporción a dicha levedad, consistente en multa de hasta cincuenta mil pesetas (art. 51.1, a). B) encontrarse trabajando en España sin haber solicitado permiso (o autorización administrativa para trabajar), si además, no se dispone de permiso de residencia válido, lo que supone un mayor grado de responsabilidad, calificándose dicha conducta como infracción muy grave¹¹², a la que se acompaña la sanción con multa de uno a diez millones de pesetas (art. 51.1, c).

Esta modificación constituye una alteración radical del régimen jurídico sancionador de los trabajadores inmigrantes que se encuentran trabajando sin el correspondiente permiso de trabajo, dulcificándose el rigor de la Ley 7/1985 que castigaba con la máxima sanción este tipo de actuaciones, sin perjuicio de que la nueva Ley, al igual que la anterior, no exonera de responsabilidad al empresario que contrate ilegalmente. En este punto también se detecta una suavización en el castigo de contrataciones de inmigrantes sin permiso para trabajar, puesto que la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social ha venido encuadrando como infracción muy grave la de aquellos empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido previamente el preceptivo permiso de trabajo o su renovación, incurriendo en

¹¹² Asimismo, se convierte en infracción muy grave incurrir por tercer vez en la comisión de falta leve, siempre que en un plazo de seis meses anteriores haya habido sanción por dos faltas leves de la misma naturaleza (art. 49,f).

una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan ocupado en tales condiciones (art. 35.1), actuación a que se sanciona, como es sabido, con multa cuya cuantía oscila entre quinientas una mil a quince millones de pesetas (art. 37.4). Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000 reduce la intensidad de la sanción empresarial, aun cuando sigue tipificando como muy grave la infracción cometida, rebajando la cuantía de la multa de uno hasta diez millones de pesetas (art. 51.1,c) para castigar la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo "la correspondiente autorización para contratarlos" (otra expresión confusa en la Ley, ya que la autorización no lo es en relación con el empresario, sino directamente a cada trabajador para la realización de actividades asalariadas, con uno o más empresarios).

El contrato celebrado con extranjero sin permiso para trabajar se ha calificado como nulo de pleno derecho, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil, que establece la nulidad de las acciones que vayan en contra de lo dispuesto en norma imperativa. No se trata de un problema relativo a la capacidad del trabajador, en relación con los criterios que al respecto señala el art. 7,c) LET), como en algún momento se creyó, estimándose al hilo de esa consideración que la obtención a posteriori del permiso de trabajo podría subsanar la invalidez del contrato, completándose el requisito de la capacidad¹¹³. En la actualidad, ese debate se encuentra prácticamente cerrado, a partir de variadas líneas de argumentación. La capacidad de los trabajadores extranjeros para trabajar a que se refiere el precepto estatutario se rige por lo dispuesto en las leyes nacionales definitorias de las reglas de derecho internacional privado al respecto, y que nuestro Código Civil resuelve, como es sabido, en defecto de sometimiento expreso de las partes, en favor de la ley del lugar donde se presten los servicios (art. 10.6)¹¹⁴. Tratándose, por tanto, de un mandato imperativo en la ley española mediante el cual se condiciona el ejercicio del derecho al trabajo a la autorización administrativa previa (debida a razones de funcionamiento del mercado de trabajo), el contrato realizado sin dicha autorización es contrario a Derecho¹¹⁵; la violación del mandato estable-

¹¹³ Línea jurisprudencial consolidada por el extinto TCT, *cfr.*, por todas, SS. de 30 de abril de 1976 (A. 2237), de 2 de noviembre de 1976 (A. 4938), de 21 de enero de 1977 (A. 231) y de 24 de noviembre de 1978 (A. 6493).

¹¹⁴ *Vid.* M. MOYA ESCUDERO, "La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional Privado español", REDT, 1982, n.º 10, pág. 229 y ss.

¹¹⁵ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Contrato de trabajo de extranjeros*, cit., pág. 231 y ss. Los tribunales laborales vienen acogiendo esta construcción desde hace ya tiempo, SSTs de 12 de diciembre de 1989 (A. 2414), de 12 de febrero de 1990 (A. 3976), de 31 de diciembre de 1991 (A. 9243); Por parte de los TSJ y con carácter más reciente, STSJ de Andalucía de 7 de enero de 1998 (A. 378), de 27 de mayo de 1998 (A. 2654) y de 3 de julio de 1998 (A. 3498); STSJ de Aragón de 1 de abril de 1998 (A. 1415); STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999 (A. 308); STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999 (A. 3206).

cido de forma imperativa proscribiendo la contratación con trabajadores extranjeros sin haber obtenido previamente el permiso para trabajar determina la falta de validez del contrato así suscrito, dando lugar a su nulidad total.

La nulidad del contrato provoca el derecho a la percepción de los salarios correspondientes al período de tiempo trabajado (art. 9.2 LET). Sin embargo, excluye al inmigrante del acceso a posibles prestaciones de la Seguridad Social a que tendría derecho, de tratarse de un contrato válido, constatación de consecuencias graves, si se tiene en cuenta que durante ese período de tiempo ha debido producirse cotización del trabajador a un sistema de Seguridad Social, al que posteriormente no puede acceder por no tener permiso o haber caducado su vigencia. Igualmente, pierde el trabajador cualquier posibilidad en relación con indemnizaciones por finalización de la relación de trabajo, pues, al tenerse ésta por no hecha, no genera derecho alguno derivado de una inexistente extinción en el plano jurídico.

Esta construcción de origen jurisprudencial y de recepción en el debate científico sobre la nulidad del contrato celebrado sin permiso de trabajo se mantiene intacta en la nueva Ley Orgánica 4/2000. Sin embargo, la Ley ha querido dar un efecto diferente a la nulidad contractual en relación con lo dispuesto por el art. 9.2 LET.

Mientras el precepto estatutario limita el efecto de la nulidad a la percepción por el trabajador de "la remuneración consiguiente a un contrato válido", la nueva Ley atribuye al contrato nulo por falta de permiso de trabajo un efecto más amplio. El pfo 3º del art. 33 señala que "La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". No establece la Ley la validez del contrato en ningún caso, pues una conclusión de ese tipo conduciría al absurdo de exigir autorización previa para trabajar en España a la que no se anudaría consecuencia alguna en la relación contractual por su transgresión. La Ley continúa manteniendo el carácter imperativo en lo que a la obtención del permiso de trabajo se refiere. La no invalidación del contrato lo es a los solos efectos de garantizar el disfrute efectivo de los derechos que, derivados de la relación de trabajo, pudieran corresponder al trabajador extranjero. Siendo el contrato nulo, el empresario debe cumplir con todas las obligaciones contraídas con el trabajador extranjero, no limitándose únicamente a la remuneración —que sería la consecuencia aplicable a partir de lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores—, sino a todas las obligaciones propias de la relación de trabajo, como si se tratara de un contrato válido. La finalidad pretendida por el legislador no es otra que evitar los perjuicios que para los trabajadores extranjeros supone la declaración de nulidad del contrato en los términos establecidos por el art. 9.2 LET, facilitándoles el acceso a todos los derechos inherentes a la relación de trabajo e impidiendo que la carencia de permiso se convierta en la privación si más de los mismos.

La exigencia de la autorización administrativa se encuentra directamente relacionada con la contingentación de mano de obra extranjera¹¹⁶, proceso que en nuestro país se inicia en 1993 y que continúa hasta ahora¹¹⁷. La Ley 7/1985 no contenía previsiones en este aspecto, de modo que fue el RD 155/1996 el que por vez primera reguló el contingente de admisión (art. 70), organizando los flujos migratorios en atención a diversos criterios como las categorías profesionales, sectores de la producción, etc., lo cual revela el carácter de vigilancia y control de la población extranjera que a la Administración gubernativa y laboral se encomienda en esta materia. La nueva Ley de extranjería eleva a rango de ley orgánica la función reguladora del Gobierno (art. 37) bajo los siguientes parámetros: a) está dirigida exclusivamente a trabajadores extranjeros no residentes en España, b) se obliga al Gobierno a una temporalización de los contingentes: con carácter anual (frente a la indeterminación que en este punto contiene el Reglamento) y c) la actuación del Gobierno se somete a un sistema de consulta previa del Consejo Superior de Política de Inmigración, así como de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

En definitiva y a modo de cierre, esta es un Ley que supone un avance en la definición de la posición jurídica de los extranjeros en nuestro país, entre otras razones porque imperativos comunitarios venían forzando desde hace tiempo una operación legislativa de este alcance. Los grandes beneficiados, sin duda, son los residentes legales que han visto crecer su posición ante el Derecho interno español en materia de derechos y de consolidación de ciertas situaciones administrativas hasta ahora teñidas de incertidumbre e inseguridad en cuanto a su permanencia en nuestro país. La posibilidad, ahora elevada a rango de derecho en la nueva Ley, de su efectiva integración social en nuestro país por medio de la situación administrativa de la residencia permanente constituye un avance muy significativo, bien que impulsado por una labor comunitaria previa.

Los inmigrantes ilegales en la nueva Ley poco tienen que contar. Una asistencia sanitaria de urgencia, una educación básica para los menores de dieciocho años, la incorporación a ayudas y servicios sociales, y unos derechos políticos que aun formalmente proclamados, difícilmente podrán disfrutar por falta de acceso a los derechos de contenido social son el balance final de un proyecto reformador en el que se albergaron esperanzas, que por ahora deben esperar a mejores intenciones.

¹¹⁶ G. RICCI, "Lo straniero extracomunitario e il regime delle circolari", Rivista Amministrativa, 1986, pág. 628 y ss.

¹¹⁷ Sobre la base de un Acuerdo del Pleno del Congreso de abril de 1991 que instaba al Gobierno a canalizar y organizar los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de la mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción del mercado nacional de trabajo.

El estado de opinión recientemente creado sobre la inminencia de una nueva reforma de la ordenación jurídica de la extranjería en nuestro país, especialmente, a raíz de los resultados electorales producidos tras la convocatoria del 12 de marzo de este año, provoca de nuevo cierta zozobra en cuanto a la consolidación del nuevo marco legislativo aún tan reciente. La polémica aprobación de esta Ley en contra de la voluntad del Gobierno, permite, razonablemente, esperar cambios a corto plazo.

DERECHO Y EMPLEO: BALANCE DE LAS APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA REFORMA LABORAL DE 1997

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE¹
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA
ISABEL M^a VILLAR CAÑADA

ÍNDICE

1. Introducción

2. Recepción de los principales objetivos de la reforma de 1997 por la autonomía colectiva: el empleo como objeto de negociación: 2.1. Una "deuda histórica" aún pendiente: la racionalización de la estructura de la negociación colectiva; 2.2. El régimen convencional de la política de empleo: entre estabilidad y flexibilidad: 2.2.1. Las formas de tutela convencional del principio de seguridad en el empleo: a) "garantías de mantenimiento del empleo; b) acciones a favor del fomento del empleo estable; c) las cláusulas restrictivas —o prohibitivas— de la contratación mediante etts; d) cláusulas procedimentales de empleo; 2.2.2. regulación convencional del tiempo de trabajo, flexibilidad organizativa y política de empleo: a) tratamiento convencional de la jornada y política de reparto del empleo; b) limitaciones al establecimiento de horas extraordinarias. 2.2.3. Algunas medidas de política de reparto de empleo: el reciente tratamiento convencional de las jubilaciones y del pluriempleo: a) configuración convencional de la jubilación como forzosa sin compromiso de empleo; b) política de apoyo a la jubilación anticipada; c) erradicación de las situaciones de pluriempleo; 2.2.4. La política de empleo, competitividad empresarial y el derecho a la formación: tratamiento dispensado por la negociación colectiva a la formación profesional

3. Tratamiento jurisprudencial y convencional de los despidos objetivos por causas económicas tras la reforma de 1997: 3.1. La recepción judicial de las reformas en materia de despidos económicos; 3.2. La recepción del art. 85.2 ET en la negociación colectiva: un intento hasta ahora fallido de procedimentalización del despido objetivo por causas económicas

¹ Catedrático y Profesoras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente. Universidad de Jaén.