

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

"El doble condicionamiento de los tratados internacionales y de los mandatos constitucionales está suponiendo una cada vez mayor equiparación entre los trabajadores migrantes y los trabajadores nacionales en el goce de los derechos sociales, también por ser de difícil justificación diferencias de trato en razón de la nacionalidad en derechos derivados de la condición de trabajador y para la tutela del trabajo"

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (1)

SUMARIO: I. EL RELATIVO OLVIDO DE LAS ESPECIALIDADES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES. II. CAUSA DEL OLVIDO: LA IGUALDAD DE TRATO COMO PRESUNCIÓN DE PARTIDA. III. LOS FRENOS JURÍDICOS A LA PLENA IGUALDAD DE TRATO. IV. LA TENDENCIA A LA EQUIPARACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. V. LA INTENSIFICACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO EN LAS NORMAS INFRACONSTITUCIONALES. VI. LOS RESQUICIOS DEL MANTENIMIENTO DE LAS DIFERENCIAS DE TRATAMIENTO.

(1) "El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en AA VV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, pág. 29.

I. EL RELATIVO OLVIDO DE LAS ESPECIALIDADES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES

La intensa atención que se está produciendo en los últimos años en España y, en general, en el conjunto de la Unión Europea en relación con la incorporación al mercado de trabajo de un importante contingente de trabajadores extranjeros, particularmente extracomunitarios, se ha centrado precisamente en el proceso de afluencia de esta población. Es decir, se ha puesto sobre todo el punto de atención en el fenómeno de la inmigración desde el punto de vista jurídico en lo que afecta a la regulación de la entrada y permanencia de esa población en nuestro territorio, por tanto, estudiando con detalle el régimen jurídico de concesión de los correspondientes permisos de residencia y de trabajo.

En correspondencia con ello, y en sentido contrario, ha pasado más inadvertido el análisis de la situación laboral desde el punto de vista jurídico de los inmigrantes una vez residiendo en nuestro país y con un empleo más o menos asegurado. El estudio de la situación de los inmigrantes que ya trabajan en nuestro país ha ocupado y sigue preocupando a quienes investigan desde el campo de la sociología y similares, pero queda algo postergado para los juristas. Con seguridad la afirmación precedente resulta algo exagerada analizada en términos absolutos: de un lado, no puede minusvalorarse el esfuerzo doctrinal realizado a lo largo de la década de los años ochenta en tomo al alcance del reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas a favor de los extranjeros; de otro lado, es bien conocido el debate que se produjo en su momento a resultas de ciertas reformas de la legislación de extranjería, particularmente la muy polémica modificación llevada a través de la Ley Orgánica 8/2000 (2). Eso sí, tal debate resultó muy parcial y coyuntural, sin que hayan quedado resuelto a nuestro juicio los aspectos de alcance constitucional al

(2) Ley 8/2000, de 22 de diciembre, BOE de 23 de diciembre, por la que se modificaba la Ley 4/2000, de 11 de enero, BOE 12 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LODLE).

respecto; razón que estimamos justifica tener que volver sobre una materia no suficientemente aclarada. Y, sobre todo, qué duda cabe que comparativamente con la muy elevada atención prestada al régimen de estancia y permisos de trabajo de los extranjeros, lo relativo a los derechos en acto de los extranjeros ya incorporados al mercado de trabajo ha quedado algo más desvaído.

II. CAUSA DEL OLVIDO: LA IGUALDAD DE TRATO COMO PRESUNCIÓN DE PARTIDA

La principal razón que coadyuva a haber dejado de lado en cierto modo el debate en torno a los derechos laborales de los trabajadores que ya se encuentran prestando servicios en una determinada empresa, reside, en mi opinión, en la fuerte presunción extendida de que a los extranjeros se les puede establecer un régimen restrictivo de acceso al mercado de trabajo, con vistas a primar el empleo de los nacionales y, sin embargo, que una vez contratados gozan a todos los efectos de un régimen de plena igualdad de tratamiento en sus condiciones de trabajo que el de los nacionales contratados en esa misma actividad profesional, empresa o sector. De este modo, en el imaginario jurídico de nuestra doctrina juega con fuerza el criterio de que el principio general de igualdad y la prohibición de tratamiento discriminatorio alcanza, desde el punto de vista constitucional, con toda su extensión a los extranjeros a partir del momento en el que ya han accedido al mercado de trabajo y, por tanto, en todo lo que suponga configuración legal, desarrollo convencional colectivo o individual, incluso ejercicio unilateral de los poderes directivos del empleador, en todo lo que incide sobre la vida y extinción del contrato de trabajo; reflejándose esa prohibición de no discriminación por supuesto también en la vertiente colectiva de los derechos sindicales. Es obvio que, de imponerse en toda su extensión el principio constitucional de no discriminación, tal cual expuesto, el debate quedaría completamente zanjado, pues no habría lugar a discusión acerca de cuál es el régimen del extranjero en el empleo

y, en particular, que éste no podría someterse a condiciones de trabajo, individuales y colectivas, diferentes por el simple hecho de no poseer la nacionalidad española.

La legislación general de desarrollo del régimen jurídico de los extranjeros en España coadyuva a reforzar el precedente criterio de partida. En concreto, el art. 3.1 de la Ley sobre derechos y deberes de los extranjeros y su integración social (en adelante LODLE), parece que viene a sancionar esa genérica prohibición de discriminación (3); precepto reforzado por su art. 23.1 (4); y concretado en lo que refiere a la perspectiva laboral por el apartado 2.c de ese mismo art. 23 (5).

Esta normativa, a su vez, se ve reafirmada por diversos textos que a nivel internacional o comunitario adoptan una filosofía similar de equiparación de los extranjeros en el mercado de trabajo.

Por sólo citar los documentos más relevantes al efecto, baste con mencionar el Convenio n.º 143 de la OIT, que en su art. 10 contempla literalmente la clásica regla de paridad de tratamiento (6).

(3) "1. 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... Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles".

(4) "A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural".

(5) "En cualquier caso, constituyen actos de discriminación... c) todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo... a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad".

(6) "Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la

En parecidos términos se pronuncia el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, cuyo art. 16 recoge con bastante precisión el principio general de no discriminación (7). Reglas similares en cuanto a la garantía del principio de igualdad se recogen en este Estatuto por lo que refiere a las políticas públicas de servicios públicos al ciudadano, en materias tan relevantes como son las relativas a Seguridad Social (art. 18), asistencia social y médica (art. 19), seguridad y salud en el trabajo (art. 20), así como en materia de vivienda (art. 13) y enseñanza y formación profesional (art. 14). Finalmente las garantías jurídicas de los trabajadores migrantes en el Estatuto también se extienden a los derechos de carácter colectivo, como son los relativos a la afiliación sindical (art. 28) y a la participación en los asuntos de la empresa (art. 29).

Más aún, incluso la tendencia general es a que el trabajador extranjero en situación irregular, por carecer del necesario permiso de trabajo, no se vea perjudicado en sus derechos laborales por el trabajo ya efectuado. El instrumento a través del cual se garantiza este resultado en estos momentos en nuestro ordenamiento jurídico es el de atribuirle un *status* laboral asimilado en cuanto a derechos laborales por la vía de no declarar la nulidad del contrato de trabajo celebrado en esas condiciones (8). A su vez, esa

igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio" (Convenio 143, sobre los trabajadores migrantes, disposiciones complementarias, de 24 de junio de 1975).

(7) "1. En cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales, en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres. 2. No se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato, a que hace referencia el párrafo anterior" (Convenio elaborado en el seno del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre, ratificado por España el 29 de abril de 1980, BOE 18 de junio de 1983).

(8) "La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aque-

regla se encuentra en sintonía con lo previsto en el Convenio n.º 143 OIT, ya citado (9).

Finalmente, coadyuva también a lo pacífico de las posiciones casi unánimes en nuestra doctrina al efecto, la circunstancia de que hayan sido relativamente escasos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, si bien las pocas sentencias dictadas sobre el particular se hayan decantado por fallos de reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores extranjeros. En especial, se ha venido a citar de forma recurrente una importante sentencia dictada ya en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, como ejemplo paradigmático de resolución judicial de nuestro alto Tribunal que confirma la doctrina generalizada, favorable a la imposibilidad de fijación de diferencias de tratamiento en las condiciones de trabajo una vez empleado el extranjero (10).

III. LOS FRENOS JURÍDICOS A LA PLENA IGUALDAD DE TRATO

A pesar de todo lo anterior es obligado resaltar que las cosas no están tan claras, como podría intuirse en ese primer rápido repaso de los datos legales de referencia. Una lectura más pausada de los mismos nos muestra, en unos supuestos, una notable ambigüedad por parte de los textos legales de referencia, mientras

llas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" (art. 36.3 LODLE).

(9) "Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en los que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios" (art. 9.1).

(10) STC 107/1984, de 23 de noviembre.

que, en otras ocasiones, se advierte una clara voluntad de evitar una directa aplicación del principio de igualdad y de prohibición de discriminación a los extranjeros en lo que refiere a su régimen laboral una vez empleados comparativamente con los nacionales.

Al menos esa conclusión se obtiene con bastante certeza del texto constitucional. Siendo el objeto de nuestro análisis el alcance constitucional de los derechos laborales de los extranjeros esa es la perspectiva que más nos interesa. Naturalmente, ello no es óbice para que sucesivamente, a través de la legislación ordinaria de desarrollo o incluso por medio de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, se haya llegado a consagrar una regla más o menos plena impositiva de la paridad de tratamiento. Eso sí, que esto último se haya llegado a plasmar no significa ni mucho menos que deje de tener relevancia analizar en exclusiva los condicionantes constitucionales, pues su carácter más inalterable a nadie se le escapan, aparte de comportar de forma inmediata garantías más intensas de orden constitucional, sin olvidar tampoco lo que ello comporta de limitación al legislador ordinario a la hora de pretender establecer excepciones para situaciones concretas de las que deriven claras diferencias de tratamiento.

Pues bien, en ese contexto se advierte de forma inmediata que el precepto clave de referencia en nuestra Constitución Española en relación con la posición jurídica de los extranjeros abre paso a una relativamente amplia libertad de opción al legislador en orden a reconocer la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas a favor de los extranjeros, en el sentido de que parece deducirse que no se encuentra obligado a reconocérselo en iguales términos que a los españoles, salvo que a través de los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España nuestro país se haya comprometido a ello. Como dice literalmente el art. 13 CE, "los extranjeros gozarán en España de la libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Por tanto, es voluntarioso pretender quedarse con el arranque de la frase, interpretando que el constituyente de forma directa y efectiva ha venido a reconocer tales derechos y libertades públicas a los extranjeros, por cuanto

que lo hace depender a todos los efectos de lo que decida el legislador ordinario o de los tratados internacionales; cuando menos ello es así de una aplicación estricta y aislada del art. 13 CE.

Expresamente y con toda claridad lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia antes mencionada y que constituye la doctrina de necesario arranque al efecto: "Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades —el término "libertades públicas" no tiene obviamente un significado restrictivo— reconocidos en el título primero de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley" (11).

Es cierto que esa misma sentencia posteriormente concreta el asunto en lo que refiere al acceso a un puesto de trabajo, es decir, al momento específico de tener derecho a ser contratado ("no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso al puesto de trabajo"). Para empezar, conviene llamar la atención sobre el hecho de que para nuestro Tribunal Constitucional no hay impedimento que permita establecer restricciones en el acceso a un puesto de trabajo a los extranjeros, que no se le imponen a los nacionales. Esta consideración suele vincularse inmediatamente a las posibilidades de establecer controles públicos en el acceso al mercado de trabajo, en concreto, a través de la exigencia de obtener el correspondiente permiso de residencia y de trabajo para ejercer una actividad profesional por cuenta ajena o propia, siendo viable a su vez que tales autorizaciones administrativas vengán limitadas, no sólo temporalmente, sino también en ámbitos territoriales, sectoriales o profesionales específicos. Precisamente éste es el objeto directo de la sentencia de referencia del TC. Pero no es a esto a lo que me quiero referir en estos momentos, por ser bien conocido y acepta-

do por todos, sino a la hipótesis de tratamiento sucesivo de hipotética diferenciación de tratamiento para acceder a ser contratado, entre nacionales y extranjeros que ya poseen un determinado permiso de trabajo. En otros términos, con independencia de lo que se pueda aclarar más adelante, la frase de la sentencia viene referida genéricamente al momento del acceso al empleo, lo que no descartaría la posible reserva o preferencia en la contratación de nacionales frente a los extranjeros incluso con permiso de trabajo, lo que comportaría una vez más la hipótesis teórica de una diferencia de tratamiento de unos y otros en la aplicación de la legislación laboral; una vez más, parecería que habríamos de acudir a la regla general de remisión por parte del constituyente a lo decidido por los tratados y las leyes. Recuérdese al efecto, por ejemplo, que el art. 35 CE, relativo al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, viene referido expresamente a "los españoles", y no cabe la menor duda de que ello ha sido plenamente consciente e intencionado por parte del constituyente, que en este caso ha deseado establecer una limitación subjetiva en la titularidad de tales derechos, al menos en su vertiente constitucional, a favor exclusivamente de los nacionales.

Pero es más, la precedente afirmación de parte del Tribunal Constitucional ni siquiera permite deducir, como algunos han deseado, que el régimen resulta diverso en sus parámetros jurídicos básicos para las condiciones de trabajo una vez empleado, pues también en esa perspectiva para el TC el referente es lo que se diga en la ley y los tratados internacionales, desde el instante en que *obiter dicta* y como argumento de contrario viene a mencionar que en los tratados internacionales y leyes sí existen reglas que establecen la igualdad de trato, si bien inmediatamente a continuación haciendo la precisión de que ello se hace "con excepciones"; excepciones que implícitamente se presuponen conformes al modelo constitucional, desde el instante en que también aquí sigue razonando sobre la premisa de que a estos efectos de principio no concurren condicionantes constitucionales.

Es cierto que las precedentes afirmaciones tan rotundas en cuanto a las manos libres con las que puede actuar el legislador ordina-

(11) STC 107/1984, de 23 de noviembre.

rio en esta materia, han sido objeto de importantes matizaciones y correcciones por parte del propio Tribunal Constitucional, incluso en la misma sentencia a la que venimos aludiendo. Sin embargo, por razones de método y por tratarse de lo que podríamos denominar excepciones al principio general, por muy intensas que sean estas excepciones, preferimos dejarlas de lado en este momento, para analizarlas en el apartado posterior, sobre todo al efecto de que quede más nítida cuál es el principio general de partida.

Más aún, ya hemos hecho referencia a la concreta atribución de titularidad limitada a favor de los nacionales españoles de los derechos contemplados en el art. 35.1 CE, precepto central en el reconocimiento de derechos laborales de carácter laboral. Desde luego, la razón de ser más inmediata de esa restricción subjetiva se encuentra en la vertiente ya aludida del acceso al empleo, con vistas a garantizar una cierta prioridad en la ocupación de puestos de trabajo por parte de los españoles. Eso sí, en dicho precepto no hay sólo alusión al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, sino igualmente a otra serie de derechos vinculados a la situación del trabajador una vez empleado. Por ejemplo, no es casual que el derecho a la igualdad retributiva en ese artículo no recoja una omnicompreensiva prohibición de discriminación en lo que incide sobre el salario de los trabajadores, pues apunta directa y exclusivamente a la paridad retributiva entre hombres y mujeres; con ello, cuando menos este precepto, parece que no impone de forma inmediata la misma paridad retributiva entre nacionales y extranjeros.

Con carácter más general, es obligado aludir también a la circunstancia de que el art. 14 CE, como central en nuestro ordenamiento en la tutela antidiscriminatoria, tampoco contempla una explícita prohibición de las diferencias de tratamiento que tenga como referente la nacionalidad del sujeto, en nuestro caso hablaríamos de la nacionalidad del trabajador. Apela, por un lado, para prohibirlas, a las diferencias por razones de origen o raciales, pero ello no implica necesariamente al dato jurídico formal de la nacionalidad; lo étnico en muchas ocasiones desde el punto de vista sociológico puede venir unido a la pertenencia a unas determina-

das naciones de origen, aunque es formalmente un criterio diferencial de modo que no es poco frecuente pensar en que la causa determinante de la diferenciación venga vinculada a la nacionalidad con independencia de la raza del sujeto de referencia. Por otro lado, ese mismo art. 14 CE es bien sabido que contiene una cláusula abierta final relativa a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que conforme a determinadas interpretaciones podría dar pie a incorporar también a la nacionalidad como criterio determinante de discriminación vedada. Eso sí, no deja de resultar llamativo que intencionadamente el constituyente haya eludido recoger como mención expresa dentro del amplio listado de supuestos a la nacionalidad, entre otras razones porque como ya vimos el propio art. 13 CE, está habilitando al legislador ordinario para establecer diferencias de tratamiento atendiendo al criterio de la nacionalidad, no deseando el constituyente incurrir en contradicciones flagrantes entre dos preceptos tan cercanos y vinculados entre sí. Por ello, sin descartar por completo que puede alcanzarse una interpretación extensiva a ciertos efectos de la apelación genérica del art. 14 CE a otras circunstancias personales o sociales a favor de los extranjeros, el punto de partida necesariamente es el de ir a la contra de no presentar una referencia explícita a los mismos, qué duda cabe que intencionada y que rompería con la premisa general del art. 13 CE. No al caso, finalmente, el propio art. 14 CE comienza imputando su regulación exclusivamente a los españoles como titulares del derecho a la igualdad ("los españoles son iguales ante la ley"), con una dicción claramente diferenciada respecto de la que incorpora al fijar la titularidad de otros derechos fundamentales y libertades públicas el propio texto constitucional (12).

De igual forma, el panorama resulta aún más complejo si cabe cuando se atiende al Derecho comunitario. En efecto, como es

(12) "Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a 'los españoles'. Son estos quienes, de conformidad con el texto constitucional, 'son iguales ante la ley', y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros" (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

bien sabido, una de las pautas centrales desde sus inicios de la construcción de la Europa comunitaria fue la del establecimiento de amplias libertades de circulación, entre ellas por lo que a nosotros interesa la libre circulación de trabajadores comunitarios. Regla de libre circulación que, con la profundidad alcanzada con el paso del tiempo, ha supuesto un incondicional principio de igualdad de tratamiento a todos los efectos entre los nacionales del país de referencia y los de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. Dicho con toda contundencia y sin posibilidad de establecer matices en esta vertiente, el trabajador europeo ha de considerarse como nacional a todos los efectos en las muy diversas vertientes del desarrollo de la legislación y de las políticas sociales: desde el instante del acceso al empleo hasta el del desarrollo de la relación laboral, incluida la extinción; desde la vertiente pública de los derechos sociales hasta la privada de actuación de la negociación colectiva, del pacto individual y de los poderes organizativos empresariales; desde la perspectiva individual hasta la colectiva. Insistimos, con relación a los trabajadores comunitarios no cabe establecer ningún tipo de excepción, en términos tales que allí donde se reconozcan por parte del ordenamiento jurídico derechos laborales exclusivamente a favor de los españoles habrán de entenderse necesariamente atribuidos en igual medida al resto de los trabajadores comunitarios.

Ahora bien, como contrapunto de ese amplísimo reconocimiento de la libre circulación de los trabajadores comunitarios, la actitud es bien diferente respecto de los trabajadores extracomunitarios, que a estos efectos son los únicos extranjeros. Para ellos, se parte de la premisa inversa, por cuanto que se quiere reservar con primacía los puestos de trabajo del territorio comunitario a los nacionales de los Estados miembros. Más aún, no se trata sólo de un criterio a aplicar en las reglas relativas a los fenómenos de inmigración, sino que también incide sobre el momento sucesivo de la actividad profesional, ya correctamente sometida a contratación laboral autorizada por la Administración Pública.

Dicho de otro modo, por mucho que se quiera buscar no hay en el Derecho Comunitario una plasmación del principio de no dis-

crimación por razón de la nacionalidad de los extracomunitarios; y ello a pesar de que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 1997 se haya verificado un importante desarrollo del principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. El principio de no discriminación que en su arranque en el Derecho Comunitario quedó concentrado en los dos oasis de socialidad –igualdad por razón de sexo y el derivado de la libre circulación de los trabajadores comunitarios– se va a extender a partir de esa fecha a otras muchas circunstancias de carácter social y personal, habitualmente consideradas como rechazables por cualquier sensibilidad jurídica por ser producto de una marginación social indeseable: raza o etnia, religión, opinión, orientación sexual, edad o discapacidad. Sin embargo, una vez más llama poderosamente la atención que esa tendencia expansiva que lleva intrínsecamente unida por esencia la tutela antidiscriminatoria no se haya querido referir a la nacionalidad en los textos comunitarios. Dos son las Directivas clave a mencionar, que desarrollan en este punto el programa de actuación avanzado por el Tratado de Amsterdam: La Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (13) y la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (14). Pues bien, lo significativo respecto de la primera de tales Directivas reside en que, a pesar de su denominación que puede inducir a error, lo cierto es que no es técnicamente una Directiva general sobre discriminación por cualquiera de las causas habituales: si bien refiere a un conjunto variado de causas, se trata de unas concretas y tasadas causas, entre las que no se encuentra precisamente la relativa a la nacionalidad. Dicho en sentido negativo, y comparativamente con lo que es la dicción literal de nuestro art. 14 CE, en esa Directiva en ningún momento se contiene una referencia abierta a cualquier otra condición o circunstancia personal o social que diera paso a la

(13) Directiva 2000/78, de 27 de noviembre (DOCE 2 de diciembre).

(14) Directiva 2000/43, de 24 de julio (DOCE 19 de julio).

ampliación de la lista de causas. En paralelo a ello, la Directiva atinente directamente a las causas vinculadas a la etnia o raza podría ser la reservada a desplegar mayores efectos en relación con la nacionalidad del trabajador extranjero. Pues bien, consciente de ello el legislador, y precisamente con vistas a evitar cualquier tipo de interpretación extensiva al respecto, se ocupa de aclarar con toda nitidez que esta Directiva no abarca a las diferencias de tratamiento por razón de la nacionalidad; en concreto su art. 3.2 aclara que dicha Directiva no afectará a las diferencias de trato por motivos de nacionalidad que pudieran establecerse. Lo mismo hace el art. 3.2 de la Directiva relativa al marco general del principio de igualdad de trato (15). En correspondencia con ello, la normativa española que traspone ambas Directivas también procede a incorporar la misma salvedad de exclusión de los extranjeros (16).

Por otra parte, dentro del tradicional capítulo relativo a la política social comunitaria, resulta importante el listado de materias que pueden ser objeto de armonización a través de la aprobación de las correspondientes Directivas Comunitarias. En ese contexto, el art. 137.3 del Tratado de la Comunidad Europea, desde su versión a resultas del Tratado de Ámsterdam de 1997, incluye entre las competencias comunitarias en el ámbito de la política social la capacidad de regulación de las consecuencias de una inmigración ya producida: la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros ámbitos, en el relati-

(15) "La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas".

(16) "Lo dispuesto en el Capítulo III, 'medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato', del Título II de esta Ley se entiende sin perjuicio de la regulación establecida en cuanto a la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero..." (Disp. Adic. 7.ª Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social).

vo a las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad. Esta competencia puede dar pie a que la Comunidad apruebe Directivas comunitarias sobre esta materia, y desde ese punto de vista, armonice las legislaciones nacionales sobre el asunto. Bien es cierto que para aprobar este tipo de Directivas comunitarias hay ya una importante cautela por parte del Tratado en el sentido de que, mientras que la mayoría de las Directivas comunitarias en materia laboral se aprueban por mayoría cualificada, en esta concreta materia es imprescindible que la Directiva se apruebe por unanimidad. Sea por este motivo o por las resistencias políticas ya aludidas, el resultado práctico es que hasta el momento presente no se ha aprobado ninguna Directiva sobre el particular. Pero es más, incluso en la hipótesis de que se aprobase una norma comunitaria de tales características, el art. 137.3 TCE no está imponiendo que ello se haga sobre la base del principio de no discriminación entre trabajadores comunitarios y nacionales de terceros países, sino que podría aventurarse que todo lo contrario.

Lo anterior realza la posible influencia que pudieran tener las novedades proyectadas en este punto por el texto de la Constitución Europea, caso que de la misma finalmente llegue a entrar en vigor a pesar de sus frenos en el tiempo. En efecto, el art. III-267 diseña una importante propuesta de políticas de inmigración coordinadas desde las instituciones comunitarias. A tenor de ello, se le atribuyen a éstas competencias novedosas, que no estaban recogidas en los precedentes Tratados Constitutivos. Algo dibujado muy débilmente hasta el presente, se atribuye por primera vez a la Unión la capacidad de desarrollar una política común de inmigración. Además, la atribución a la Comunidad de esa política común se enmarca dentro de tres objetivos referenciales concretos: en primer lugar, ha de ir destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios; en segundo lugar, con ello se pretende también ofrecer desde la acción comunitaria un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros; y, en tercer lugar, ha de ir encaminada igualmente a prevenir la inmigración ilegal y de la

trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. En lo que refiere a las condiciones de trabajo de los extracomunitarios se apunta con mayor claridad su orientación, por cuanto que se habla expresamente del objetivo de ofrecer un "trato equitativo" en esta materia a tales trabajadores. Eso sí, no se llega a comprometer un régimen de plena igualdad de condiciones de trabajo, que abocaría a calificar como discriminatorias cualquier diferencia de tratamiento en las condiciones de trabajo.

Mucho más intenso y completo es el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y de trato en el Convenio n.º 143 OIT. Eso sí, también conviene dejar constancia de la presencia de las excepciones aceptadas por el mencionado Convenio, tan habituales en este tipo de documentos internacionales, que siempre relativizan el principio general, inicialmente afirmado con solemne énfasis. Así, por citar las excepciones más influyentes hay que indicar sobre todo que desde el punto de vista subjetivo se contempla un listado de trabajadores que prestan servicios en ciertas actividades para los que no resulta de aplicación el principio de igualdad de trato; entre éstos destacan por su importancia los trabajadores admitidos temporalmente en el país de recepción, así como la gente del mar, aparte de los trabajadores fronterizos y los artistas. Asimismo, a pesar de que establece reglas de garantías también a favor de los trabajadores en situación irregular por carecer de permiso de residencia o trabajo, en estos casos el principio de igualdad de trato se presenta limitado, de una parte, a los empleos anteriores y, de otro lado, abarcando exclusivamente a la materia retributiva y de protección social, pero no generalizada al conjunto de las condiciones de trabajo derivadas de la celebración lícita de un contrato de trabajo. Aparece igualmente una cierta ambigüedad en la recepción del principio de igualdad de trato, en cuanto que se otorga un amplio margen a cada Estado miembro en cuanto a la forma de materializarlo en la práctica ("por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales"), si bien a nuestro juicio personal este dato lo es de tono menor, por cuanto que no puede llegar a afectar a la vertiente material del principio de igualdad de trato, pues tan sólo refiere a los procedimientos

legales y administrativos de incorporar tal principio al correspondiente ordenamiento jurídico, pero no a la imposición de su integración en el mismo. De otra parte, el Convenio admite que cada Estado ratifique sólo una de las partes del mismo, en términos tales que podrá excluir a todos los efectos la parte en la que se recoge la regulación del principio de igualdad de oportunidades y de trato. Pero, sobre todo, el dato más relevante de todos se encuentra en el hecho de que España a estas alturas no ha llegado a ratificar el presente Convenio 143 OIT, de modo que ningún compromiso internacional ha asumido sobre su contenido.

En su lugar, anterior en el tiempo, se encuentra el Convenio 97 OIT (17), que a estos efectos tiene un tenor similar, aunque con una recepción del principio de paridad de trato más limitada que el anterior. En esta ocasión el derecho a no ser discriminado viene referido exclusivamente a determinadas materias, aunque la lista sea bastante amplia, como son las relativas a remuneraciones, jornada, trabajo de mujeres y menores, formación profesional, afiliación sindical, vivienda, Seguridad Social. Ello queda condicionado a que tales materias se encuentren reguladas por la legislación estatal, si bien al propio tiempo se extienden los beneficios contemplados en la negociación colectiva (art. 6). Este Convenio 97 OIT contempla exclusiones subjetivas similares al anterior: trabajadores fronterizos, temporales, artistas y gente de mar (art. 11).

Por lo que se refiere al Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, éste también en una línea similar al precedente presenta algunas excepciones que igualmente debilitan el principio general de igualdad de trato, que también pretende ser el referente central de este Estatuto. En los mismos términos, el Estatuto contiene una lista de exclusiones subjetivas, en gran medida coincidente con la prevista en el Convenio de la OIT, pues contempla todas las mencionadas con anterioridad, a las que se añade algún que otro supuesto ya más de detalle. El Estatuto admite también que los Estados que lo ratifiquen puedan formular ciertas

(17) Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), de 1 de julio de 1949, ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (BOE 7 de junio).

reservas en relación con los compromisos derivados de ciertos artículos, si bien se exceptúan ciertos preceptos claves entre los que se encuentra el art. 16, que es el que recoge con carácter general el principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo. En todo caso, como ausencia principal a destacar en el Convenio hay que resaltar que el mismo omite toda referencia a la posición jurídica de los trabajadores migrantes que están de hecho trabajando en un Estado europeo en situación irregular por carecer del correspondiente permiso de residencia o de trabajo. El silencio es muy elocuente al respecto, por cuanto que ello a nuestro juicio ello conduce irremisiblemente a la conclusión de que ninguna de las garantías jurídicas, particularmente las referidas a la igualdad de trato, son aplicables por imperativo del Estatuto a los inmigrantes irregulares, que quedan por completo fuera del ámbito de aplicación del presente Estatuto. Expresamente al definir el término "trabajador migrante" el Estatuto lo hace por referencia al regularizado: "el término 'trabajador migrante' designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado" (art. 1.1). A sensu contrario, es automático deducir la inaplicabilidad del Estatuto a los inmigrantes que no estén en posesión de permiso de residencia y de trabajo. Del mismo modo esa definición de trabajador migrante en el texto del Convenio establece otra limitación subjetiva, derivada por el ámbito mismo del organismo en cuyo seno se celebra; en efecto, no conviene olvidar que dicho Convenio se celebra en el seno del Consejo de Europa, por tanto los beneficiarios del mismo son los trabajadores migrantes súbditos de una Parte Contratante, es decir, sólo los ciudadanos de un Estado que forma parte del propio Consejo de Europa (18).

(18) Como dirá la exposición de motivos del propio Convenio Internacional, "Considerando que es preciso regular la situación jurídica de los trabajadores migrantes súbditos de los Estados miembros del Consejo de Europa para asegurarles en lo posible un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida, en todo lo que refiere a las condiciones de vida y de trabajo".

En el ámbito de la legislación ordinaria, nuestra normativa vigente sí que resulta más ajustada a una garantía plena de la paridad de trato de los extranjeros en lo que afecta a las condiciones de trabajo. Ya vimos que es la LODLE la que recoge con especificidad el principio de paridad de tratamiento a favor de los trabajadores extranjeros. En todo caso, más influyente es la regla general relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo. Este sí que constituye una garantía más cerrada del referido principio, particularmente cuando declara que constituyen actos de discriminación "todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal" (art. 23.2.b), refiriendo la posible conducta ilícita tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas.

También es cierto que resulta posible apreciar ciertos resquicios, que no dan total seguridad jurídica. Por ejemplo, el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, precepto general en materia de tutela antidiscriminatoria en el ámbito de la legislación laboral, sigue la senda ya apreciada en la recepción de la prohibición de no discriminación a nivel constitucional y en el ámbito comunitario. En concreto, nos referimos al hecho de que entre las variadas causas vedadas de discriminación no se encuentra expresamente recogida la nacionalidad del trabajador; a pesar de que el listado del art. 17 es más extenso comparativamente con el del texto constitucional y el de las Directivas comunitarias, una vez más ha sido consciente el legislador cuando ha omitido recoger la nacionalidad como posible motivo de tratamiento discriminatorio (19). Lo mismo sucede con el art. 16 ET en relación con la actuación de intermediación en el mercado de trabajo por parte de las agencias de colocación sin fines lucrativos (20).

(19) Lo mismo sucede con el Convenio 111 OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, de 25 de junio de 1958.

(20) Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, filiación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado.

En la misma línea se sitúa la fijación como objetivo general de la política de empleo la garantía de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, por cuanto que la Ley de Empleo en este punto se remite para ello a los términos establecidos en el art. 17 ET (21). Al efecto no puede olvidarse que el texto estatutario permanece en lo fundamental conforme a su redacción de 1980, el art. 16 ET en concreto de 1994, en tanto que por ser posterior en el tiempo y además de superior rango por su carácter de orgánica la LODLE corrige al ET. En todo caso, mayor garantía se obtendría si se procediese a una adaptación en este punto del art. 17 ET así como del art. 16 ET, más conciliable con la LODLE; probablemente no se haya hecho intencionadamente, por cuanto que se desea dejar abierta la posibilidad de que pervivan diferencias de tratamientos específicas para casos concretos.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la garantía del art. 23 LODLE los es en general respecto de las condiciones de trabajo, pero es posible que no incida por igual en el total de los derechos laborales. Y, por encima de todo, no puede olvidarse que si nos situamos en una perspectiva de análisis constitucional, nos interesa concretar hasta qué punto lo consagrado en estos momentos en la legislación ordinaria resulta irreversible, por cuanto que existen condicionantes más fuertes, por tanto inalterables, que derivan del texto constitucional. No al caso, las versiones del texto legal de la LODLE en los últimos años han sido marcadamente diferentes, más o menos sensibles a la paridad de tratamiento entre extranjeros y nacionales. Ello es fundamentalmente, lo que exige continuar con nuestro análisis de las hipotéticas diferencias de tratamientos en los derechos laborales de los trabajadores extranjeros que puedan pervivir en el presente o bien añadirse en el futuro.

Por último, recordar que esa regla relativa a la paridad de tratamiento está redactada sobre la premisa de que se trata de trabajadores que prestan servicios con la situación plenamente regularizada, por cuanto que están en posesión del correspondiente permiso de trabajo. Para quienes trabajan sin dicho permiso, la regla gene-

ral es la de que con ello no se beneficie al empresario que contrata indebidamente a estos trabajadores. Puede pensarse que con esto último se verifica una asimilación muy intensa en cuanto a derechos laborales frente al empleador del trabajador en situación irregular, particularmente a partir del instante en que se indica que la carencia del permiso de trabajo no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero (art. 36.3 LODLE). Sin embargo, no se puede asegurar que ello implique a todos los efectos la traslación para ellos del principio de paridad de tratamiento. En particular, la expresión legal no deja de ser algo confusa, pues no es seguro que con ello se esté afirmando que el contrato así celebrado es válido a todos los efectos, pues parece que lo es sólo a algunos efectos aunque sean los más importantes; dice el precepto que no lo invalidará "respecto de" los derechos de los trabajadores, como si pudieran presentarse otros efectos respecto de los cuáles sí podría entenderse que el contrato no sería válido.

IV. LA TENDENCIA A LA EQUIPARACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Todos los frenos a la consagración plena del principio de igualdad de trato antes descritos ha de entenderse que no bloquean, ni mucho menos, la tendencia por esencia expansiva de dicho principio y que, en particular por lo que refiere a los derechos laborales de los trabajadores extranjeros, es connatural el impulso hacia un creciente reconocimiento de que los mismos no pueden situarse en el limbo jurídico, ni siquiera en un plano de postergación de la tutela de sus intereses jurídicos y derechos subjetivos básicos.

A estos efectos es necesario partir de la idea de que la razón por excelencia que puede llegar a justificar un tratamiento diverso de los extranjeros, en el ámbito de las relaciones laborales, reside en otorgar un trato de favor comparativo al nacional en su derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, que no casualmente el texto constitucional sólo reconoce de forma expresa a los españoles. Al objeto de garantizar el derecho al pleno

(21) Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE 17 de diciembre), art. 2.a.

empleo de los españoles, se opta por establecer todo un conjunto de políticas restrictivas del acceso a nuestro mercado de trabajo de los extranjeros, con vistas a propiciar que éstos ocupen los puestos de trabajo a los que por razones diversas no quieren o no pueden acceder los nacionales. Pero más allá de ello, resultan mucho más difíciles de entender unas políticas públicas de restricción de derechos laborales de los extranjeros, que sólo puede acentuar los riesgos de marginación y exclusión social.

Ya de por sí las restricciones en el acceso al trabajo desencadenan todo un conjunto de efectos de desigualdad no sólo en ese instante, pues ello se extiende e influye a toda su actividad profesional. Desde el punto de vista sociológico son abundantes y precisos los estudios que muestran cómo se va produciendo una nítida segmentación del mercado de trabajo entre nacionales y extranjeros, en términos tales que en las grandes cifras los extranjeros encuentran ocupación en actividades profesionales y sectores productivos con claros perfiles en lo que refiere a niveles de cualificación profesional, remuneración, estabilidad en el empleo, penosidad o peligrosidad del trabajo y el resto de las condiciones de trabajo. Eso sí, lo que es de por sí un resultado natural de las reglas del mercado a la estratificación social, incluso en parte provocadas por la regulación relativa al control público del acceso al mercado de trabajo a través de la concesión de los permisos de trabajo, no parece razonable de principio que se extienda al terreno de lo jurídico en lo que refiere a las condiciones de trabajo de los extranjeros. Ya de por sí, desde el mero plano de lo sociológico, se producen manifiestas diferencias de tratamientos, para que éstas vengan acentuadas desde el punto de vista jurídico. Los poderes públicos cuando menos no pueden actuar en la dirección de incrementar ciertas dualidades perversas en el mercado de trabajo, utilizando por ejemplo a la población extranjera como instrumento de "dumping social". Es cierto que el ordenamiento constitucional no impone en esta materia el desarrollo de políticas públicas de acción positiva de corrección de cuantas segmentaciones laborales se produzcan a estos efectos, pero desde luego sí que están llamados a poner en marcha medidas preventivas en

orden a evitar procesos de marginación social y, sobre todo, a atajar los riesgos de brotes de xenofobia; una adecuada integración laboral es, desde luego, el instrumento más eficaz en orden a conjurar este tipo de riesgos; incluso nada obstaría a que el legislador ordinario se inclinara por adoptar este tipo de medidas de acción positiva, aun cuando como indicamos no existan mandatos constitucionales que le obliguen a ello; de hecho, como apuntaremos más adelante, en algún caso así ocurre. No puede olvidarse, en esta línea, el mandato constitucional dirigido a la materialización de la igualdad sustancial de los individuos y de los grupos, que no al caso va referido genéricamente al conjunto de las personas y no exclusivamente en relación con los españoles (art. 9.2 CE).

Podemos convenir que, más allá de las múltiples precisiones y matizaciones que requiere la complejidad de la materia que estamos tratando, la idea en torno a la que parece que giran todas las reflexiones sobre los derechos laborales de los extranjeros, es que se debe tender a poner el acento en los valores derivados de lo que se vienen a denominar hoy en día los derechos de ciudadanía. Derechos de ciudadanía, que precisamente vienen a ser consagrados en los diversos textos constitucionales, como expresión de una posición jurídica de garantía reconocida a toda persona por el hecho de serlo, que le permite un pleno desarrollo de su personalidad en el contexto de un Estado de Derecho. Desde ese punto de vista, si aceptamos esa premisa de partida de que los derechos de ciudadanía tienen como referente a cualquier persona por el hecho de serlo, parece razonable deducir que tales derechos se han de atribuir como titularidad a cualquiera, incluso con independencia de su nacionalidad.

Eso no supone, naturalmente, pretender conformar valores superiores del ordenamiento jurídico, que se sitúan en todo caso por encima del propio texto constitucional; aunque sí que los mismos sirven como un instrumento interpretativo muy útil de los diferentes preceptos constitucionales tal como los mismos se encuentran redactados. No es posible negar con ello todos los frenos, empezando por los de rango constitucional, antes descritos al pleno y generalizado reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas plasmados en la

Constitución en absoluta igualdad con lo reconocido por el texto constitucional. Pero, desde luego, lo que tampoco es posible a estas alturas es pensar que el legislador ordinario goza de una total libertad de criterio a la hora de regular o no el ejercicio de tales derechos en lo que afecta a los extranjeros, sin que en ello concurra condicionante alguno de orden constitucional. Por el contrario, más allá de la amplia libertad de opción otorgada por el constituyente al legislador ordinario, a través del art. 13 CE, dicho precepto ha de ser interpretado sistemáticamente en el concierto del resto de los valores, principios y mandatos concretos previstos en el mismo texto constitucional; método de interpretación sistemática que desemboca en una relativización de lo dicho literalmente por el mencionado art. 13 CE, en el sentido de que otros preceptos constitucionales derivan márgenes algo más estrechos en esa inicial amplia libertad de criterio del legislador ordinario.

Así, como fuerte excepción al criterio general de tratarse de derechos de libre configuración legal, se advierte que el texto constitucional mismo establece una estratificación de los derechos fundamentales en atención a su titularidad. En esas coordenadas podemos afirmar que se sitúa la propia jurisprudencia constitucional, cuando matiza su criterio de partida relativo a la plena discrecionalidad legal y de los tratados internacionales para reconocer con más o menos amplitud la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas a los extranjeros. Así se dirá que la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, la igualdad en su ejercicio depende del derecho afectado. Podrían identificarse al efecto tres categorías distintas de derechos en su vertiente constitucional y en su relación con la sucesiva labor por parte del legislador ordinario: 1) derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, como son los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen; 2) derechos cuya titularidad a favor de los extranjeros depende de lo que dispongan los tratados y leyes; 3) derechos que se consideran corresponden a toda persona residente en España, con independencia en todo caso de su nacionalidad,

rigiendo en tales casos una completa igualdad entre españoles y extranjeros (22). A ellos habría que añadir, probablemente, un cuarto grupo, referido a aquellos derechos constitucionales que tan sólo son atribuibles a los no nacionales, como el caso del derecho de asilo (art. 13.4 CE).

Es el tercer grupo sobre el que merece insistir más en estos momentos, pues refiere a derechos que resultan inamovibles, en el sentido de que quedan al margen por completo de la libre opción de poderes normativos de diverso rango; en particular, no pueden ser objeto de excepción o limitación en términos diferenciados a lo que se haga con los nacionales ni por las leyes ni por los tratados internacionales. A tal efecto, el Tribunal Constitucional alude a aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, considerando que se concretan en aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Entronca el Tribunal Constitucional esa apelación a la dignidad de cualquier persona con el propio art. 10.1 CE (23).

La primera consideración a resaltar en relación con esta doctrina, aunque no se llegue a manifestar explícitamente por la sentencia de referencia, es que, al tratarse de derechos que han de reconocerse al sujeto por el mero hecho de ser persona, es que no puede imponerse ningún tipo de limitación subjetiva de carácter formal. Nos referimos al hecho de que, no es ya sólo que no se les pueda negar a quienes no gocen de la nacionalidad española, sino que tampoco pueden restringirse por razón del modo como hayan accedido al territorio nacional o permanezcan en el mismo. Dicho de otro modo, este tipo de derechos constitucionales vinculados a la dignidad de la persona han de atribuirse a todos los extranjeros sin excepción, por tanto también a aquellos que se encuentran en una situación irregular por carecer de permiso de residencia o de trabajo.

(22) STC 107/1984, de 23 de noviembre. En la misma línea, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre; 130/1995, de 11 de septiembre; 2000/1995, de 10 de abril.

(23) "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Específicamente menciona entre tales derechos inseparablemente unidos a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc. Como es fácil imaginar, este tipo de derechos tienen su plasmación en el ámbito de las relaciones laborales, circunstancias que permite deducir que esa vertiente laboral de tales derechos fundamentales inespecíficos también se encuentran amparados por la presente doctrina de derechos inalienables a favor de los extranjeros por estar vinculados a su condición de persona. Piénsese, por poner un solo ejemplo, en toda la protección legal del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, que necesariamente va vinculada al derecho a la vida y a la integridad física del trabajador. Por tanto, la tutela de la salud y seguridad del trabajador constitucionalmente no admite excepciones por razón de la nacionalidad del trabajador o de su situación de residencia y trabajo autorizados por la autoridad competente.

Obsérvese por añadidura que la jurisprudencia constitucional que venimos comentando cita los anteriores derechos vinculados a la dignidad de la persona a título ejemplificativo, por cuanto que la lista es abierta, dando por supuesto que existen otra serie de derechos fundamentales que en cierto modo también se encontrarían en la presente relación de derechos constitucionales inalienables. Sentencias sucesivas también han procedido a incorporar otros derechos fundamentales en esta lista de titularidad en todo caso de los extranjeros, por encontrarse vinculados a la dignidad de la persona. Así ha sucedido en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (24), o bien la libertad individual (25). Por el contrario, el propio Tribunal Constitucional ha estimado excluido de este grupo a derechos fundamentales tan clásicos como son los de reunión y de asociación, si bien como precisaremos más adelante ello no comporta una libertad absoluta de regulación por parte del legislador ordinario (26).

(24) STC 99/1985, de 30 de septiembre.

(25) STC 115/1987, de 7 de julio.

(26) STC 115/1987, de 7 de julio.

En todo caso, la incertidumbre permanece para los restantes, respecto de los que hasta el presente no hay pronunciamiento específico. En estos términos, el debate está servido, por cuanto que la imprecisión del TC con el listado abierto abre paso a preguntarse cuáles son esos otros derechos fundamentales inescindibles de la condición de persona como tal. El desarrollo de la personalidad, unido a la dignidad de la persona, es necesariamente un concepto jurídico indeterminado y, como tal, fruto de incertidumbres. Más aún, la dignidad constituye una idea contingente, que evoluciona históricamente en gran medida en función de los valores imperantes en una sociedad determinada. A la postre no habrá más remedio que esperar a posibles sucesivos fallos de nuestro Tribunal Constitucional para poder ir identificando cuáles son estos otros derechos inescindibles de la persona.

A estos efectos, sin lugar a dudas el que en nuestro ámbito ha provocado mayor debate entre la doctrina, con posiciones divergentes, es el relativo a los derechos fundamentales específicos: libertad sindical y huelga. En relación con estos dos derechos, el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse directamente acerca de si se encuentran relacionados o no con la dignidad de la persona, entre otras razones porque en su momento el Defensor del Pueblo cuando planteó el recurso de inconstitucionalidad respecto de la primera de las leyes de extranjería no incluyó lo relativo a estos derechos. El resultado es que la ley vigente restringe estos derechos en su titularidad subjetivamente, pues, aunque se los reconoce también a los extranjeros, los limita en el caso de la libertad sindical a quienes se encuentren con permiso de residencia, mientras que en el caso del derecho de huelga con mayor concreción lo refiere tan sólo a quienes tenga un permiso de trabajo (27). La duda, de este modo, se sitúa en adivinar hasta qué

(27) "1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España. 2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga" (art. 11 LODLE).

punto es correcto lo que hace la legislación vigente, por cuanto que si consideramos que estos derechos deben entenderse incluidos entre los derechos fundamentales que pertenecen a toda persona en cuanto tal, no cabría este tipo de restricciones.

A nuestro juicio personal la respuesta debe decantarse por considerar que se trata de derechos que van inescindiblemente unidos a cualquier trabajador en un sistema democrático de relaciones laborales. En lo que afecta a la libertad sindical en nuestra opinión no pueden establecerse en este punto paralelismo con el derecho de asociación general, dado el lugar relevante que asumen las organizaciones sindicales y empresariales en la estructuración de nuestro sistema político como vehículo de participación de la ciudadanía (art. 7 CE). La vertiente de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores va estrechamente unida a la tutela de la dignidad del trabajador en cualquier modelo de Estado de Derecho moderno y, por ello, ha de entender que ha de reconocerse en todo caso a todos los extranjeros, sin distinción. A la postre, corrobora esta interpretación el dato de que la titularidad en estos casos lo sea omnicomprensiva ("todos" en el caso de la libertad sindical) o genérica ("derecho de huelga de los trabajadores"), sin atribución limitada a los españoles. A riesgo de resultar repetitivos, insistimos estos dos derechos han de poder ejercerlo en toda su extensión todos los extranjeros, incluidos quienes se encuentren en una situación de residencia en nuestro territorio no regularizada. En este sentido, por añadidura se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, en interpretación del Convenio 87, que reconoce igualmente a todos "sin ninguna distinción" el derecho de libertad sindical; por ejemplo, para el Comité no puede regir en esta materia el principio de reciprocidad, del mismo modo que se le debe reconocer a todo trabajador a partir de un determinado período de residencia en el país de recepción. Por otro lado, en cuanto al derecho de huelga, constituye todo un contrasentido establecer, por un lado, que el contrato de trabajo celebrado con un extranjero sin permiso de trabajo no puede considerarse nulo o ineficaz, sino que el trabajador ostenta los derechos derivados de tal contrato y,

sin embargo, al propio tiempo no reconocerle la posibilidad de interrumpir la prestación de trabajo cuando se haya convocado una huelga por los sujetos legitimados para ello.

Por otra parte, al no extenderse, al menos desde la perspectiva constitucional, la prohibición de discriminación a los extranjeros, ha de admitirse que el legislador ordinario puede establecer un régimen jurídico diferenciado respecto de los extranjeros para el resto de los derechos fundamentales no vinculados a la dignidad y, más en general, para la regulación del resto de los derechos laborales. Eso sí, los derechos de ciudadanía entendidos en los términos precedentemente referidos lo que sí permiten es establecer un criterio hermenéutico general de presumir la paridad de tratamiento allí donde el texto constitucional de forma expresa no haya contemplado una diferencia de forma explícita; mejor dicho, cabe defender que las diferencias de tratamiento a recoger legalmente, deben ser expresas y encontrar una justificación razonable, suficiente y proporcionada. Con ello no queremos inventarnos una aplicación del mandato del art. 14 CE allí donde el constituyente intencionadamente no ha querido establecerla, por cuanto que de principio concurren diferencias de esencia entre los extranjeros y nacionales que pueden justificar un distinto alcance en el reconocimiento de los derechos laborales a unos y a otros. Eso sí tales diferencias parece razonable defender que tienen que estar vinculadas al mejor derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio de los trabajadores nacionales. Aunque sea con un grado de intensidad inferior, siempre parece obligado preguntarse desde el punto de vista jurídico el porqué de la diferencia de régimen jurídico. Se afirmará en estos términos que "queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante" (28). Es cierto que con una redacción

(28) STC 107/1984, de 23 de noviembre.

algo abstrusa, se viene a afirmar que no es de aplicación el art. 14 CE, sin perjuicio de que la nacionalidad como causa de diferenciación de tratamiento requiere de cierta, por débil que sea, justificación.

Ello determina también que el propio Tribunal Constitucional haya matizado también la inicial consideración de que en relación con el alcance a favor de los extranjeros de los derechos fundamentales y libertades públicas. A tal efecto, viene a interpretar que ha de realizarse una lectura contextual del art. 13.1 CE, de modo que el carácter de derechos de libre configuración legal queda condicionado por el respeto al conjunto de las prescripciones constitucionales (29). Diríamos así que la discrecionalidad que ostenta el legislador ordinario en la regulación de tales derechos fundamentales que comporte la introducción de condicionamientos adicionales tiene como límite el no producir una desnaturalización del derecho, de modo que deje de hacerlo reconocible como tal derecho fundamental. Así, a título de ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional la exigencia de autorización previa para el ejercicio del derecho de reunión, así como la facultad del Consejo de Ministros para acordar la suspensión de actividades de las asociaciones promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros (30).

Finalmente, con independencia del margen de discrecionalidad del que goza el legislador ordinario para configurar legalmente estos derechos por las normas correspondientes, cuando el resultado es el de la fijación de un régimen de paridad, atribuyéndole derechos en igual medida a los extranjeros, su denegación en el caso

(29) "El art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho... Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los preceptos constitucionales" (STC 11/1987).

(30) STC 115/1987, de 7 de julio

concreto por la autoridad administrativa carece de "la razonabilidad constitucionalmente precisa", lo que habilita a la postre para acudir en amparo ante el propio Tribunal Constitucional (31). En definitiva, aunque se aceptase la tesis de que se trata de derechos de libre configuración constitucional, no dejan de ser derechos fundamentales constitucionalizados con tal rango, circunstancias que habilitan a acceder al recurso de amparo en tutela de esos derechos una vez que los mismos han sido reconocidos por la legislación ordinaria y en la medida en que lo han sido por la misma. Es fruto de la propia redacción algo confusa del art. 13.1 CE, que por un lado remite a lo que establezca al respecto el legislador ordinario, si bien sobre la premisa de arranque de decir que también los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas (32).

V. LA INTENSIFICACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO EN LAS NORMAS INFRACONSTITUCIONALES

Más allá de los impulsos constitucionales antes referidos, observamos como la vigente legislación de extranjería ha profundizado en el reconocimiento de los derechos laborales a los extranjeros en plano de igualdad con los nacionales, particularmente cuando el trabajador ya se encuentra prestando servicios con un contrato de trabajo.

Ya aludimos en apartados precedentes a la extensión prácticamente generalizada del principio de no discriminación en las condiciones de trabajo de los extranjeros recogida en la versión vigente de

(31) STC 95/2000, de 10 de abril, en relación con un asunto relativo a la negativa de la entidad gestora al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, incluyendo como beneficiarios a familiares de extranjeros. En la misma línea, STC 130/1995, de 11 de septiembre, respecto del derecho a percibir la prestación por desempleo.

(32) La legislación de desarrollo lo declara expresamente: "La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el art. 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos".

la LODLE. El arranque del art. 23 es algo confuso al efecto, por cuanto que la discriminación prohibida en su apartado uno no va referida exclusivamente a la condición de extranjero por esa causa, sino cuando la misma va anudada a otros motivos de marginación social como son los relativos a la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas. Con ello, en principio, no se estaría yendo más lejos de lo que se deriva del art. 14 CE, pues la discriminación no proveniría estrictamente del hecho de ser extranjero sino de la circunstancia de que se le discriminara por esas otras concretas causas. Incluso la alusión entre las mismas al origen nacional resulta algo confusa, pues puede interpretarse en el sentido de que lo vedado es tratar de forma diferente injustificada a extranjeros de un específico origen nacional (por ejemplo, rumanos o turcos), frente a otros extranjeros (por ejemplo, argentinos), pero no es seguro que se esté refiriendo al contraste del conjunto de los extranjeros frente a los que gozan de la nacionalidad española (33).

Eso sí, mucho más precisos son los apartados sucesivos de ese mismo art. 23, donde ya sí que aparece la consideración en todo caso como tratamiento discriminatorio de aquellas diferencias de trato en lo que afecta a las condiciones de trabajo al extranjero "por su condición de tal" (art. 23.2. LODLE). Ahora sí que no puede discutirse que nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado en toda su

(33) En alguna ocasión el supuesto se ha planteado a la inversa, es decir, el caso de una trabajadora española que trabajaba en una embajada española en el extranjero que venía percibiendo retribución inferior a la percibida por trabajadores contratados por la misma embajada de nacionales del país donde se encontraba ésta; supuesto en el que se falló igualmente a favor de la trabajadora española, estimando que se había incurrido en discriminación, resaltando sobre todo el argumento de que "cuando la empleadora es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como poder público que es está sujeta al principio de igualdad ante la Ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales" (STC 34/2000, de 8 de marzo).

extensión el principio de no discriminación de los extranjeros en sus condiciones de trabajo. Por ser más exactos, al vincularse la prohibición a la mera condición de extranjero, es oportuno interpretar que tal regla de tutela antidiscriminatoria se extiende también al trabajador en situación irregular sin permiso de trabajo. A su vez, la declaración como discriminatorias de las conductas lo es respecto de cualquier fuente que la produzca; quiere ello decir que la conducta discriminatoria puede provenir tanto del Estado como de un poder privado; tanto de la norma estatal como de la convencional, sea ésta colectiva o individual; tanto de decisiones de alcance normativo como de naturaleza aplicativa; incluye, por tanto, también los "efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público" (art. 23.2 a LODLE), como los realizados por el empresario o sus representantes en el ejercicio de sus poderes directivos (art. 23.2 e LODLE).

En algunos casos ello viene reforzado respecto de los nacionales de determinados países con los que se establecen particulares lazos de colaboración. Así sucede a través de los Acuerdos de Asociación entre las Comunidades Europeas y determinados países de su entorno geográfico más próximo, en los cuales suele ser habitual el reconocimiento de un derecho a no ser discriminados en sus condiciones de trabajo (34).

En coherencia con ello la propia Ley vigente, y a diferencia de lo que marcaba la Ley de 1985, declara que los contratos celebrados por los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo no serán nulos respecto de los derechos del trabajador

(34) Por todos, ver el Acuerdo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros y el Estado de Rumania (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 31 de diciembre de 1994; BOE 14 de enero de 1997), en cuyo art. 38 se establece que "el trato a los trabajadores de nacionalidad rumana, contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, estará libre de toda discriminación basada en la nacionalidad, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración o despido, en relación con sus propios nacionales". Para un caso concreto de aplicación de este Acuerdo al caso de un deportista profesional y la imposibilidad de diferencia de tratamiento por lo que refiere a la ficha federativa, STS24 de junio de 2003, RJ 5409.

extranjero (35). Naturalmente ello sin perjuicio de las responsabilidades en las que pueda incurrir el empleador por contratar a una persona sin el obligatorio permiso de trabajo, como son las derivadas de la tipificación de infracciones y sanciones administrativas o penales (36). La medida de proceder a no declarar la nulidad del contrato lo es siempre a favor de la situación jurídica del trabajador extranjero, con vistas a no perjudicarlo, sin que de ello se pueda beneficiar en ningún caso el empleador (37). Por ejemplo, se considera que el empleador está obligado a cumplir con sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social (38), lo que comporta que si se produce un accidente de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo, éste tiene derecho a la prestación económica de Seguridad Social, siendo responsabilidad de

(35) Para la jurisprudencia precedente, en aplicación de la Ley de 1985, que declaraba nulo este tipo de contratos, STS 21 de marzo de 1997, RJ 3391. Para pronunciamientos conforme a la actual regulación, STS 9 de junio de 2003, RJ 3936; 29 de septiembre de 2003, RJ 7446; 7 de octubre de 2003, RJ 6497. A pesar de ello, todavía se dictan algunas resoluciones por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, que aún no han llegado a asimilar el cambio normativo (TSJ, Cantabria 10 de junio de 2003, AS 3881).

(36) Arts. 33 a 37 Ley de Infracciones Sanciones en el Orden Social (RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, BOE 8 de agosto), arts. 50 ss. LODLE; art. 48 Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social; art. 313 Código Penal.

(37) "Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido" "Con la nueva ley se trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exige al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta forma dos distintos ámbitos jurídicos, con los que se quiere abarcar todo el conjunto de obligaciones legales que el empresario debe asumir cuando contrata irregularmente a un trabajador extranjero, añadiendo a las penales y administrativas que ya eran preexistentes a la entrada en vigor de esta nueva ley, las de carácter laboral que con esta diferente reglamentación de la materia se incorporan" (STSJ, Cataluña, 14 de mayo de 2002, AS 1974).

(38) STS, contencioso-administrativo, 2 de diciembre de 1998, RJ 10268.

su abono el empresario. En tal caso, además de la responsabilidad directa del empleador, juegan las reglas generales de anticipo por la Mutua y responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social (39). No deja de resultar llamativo que todo este conjunto de pronunciamientos judiciales se ciñan a situaciones en las que se ha producido un accidente de trabajo y las consecuencias en el ámbito de la Seguridad Social derivada de una contingencia sobrevenida provocada por un riesgo profesional. A pesar de ello, ha de resaltarse que el precepto legal, en su redacción vigente no lo vincula en modo alguno a accidentes de trabajo, pues lo refiere genéricamente a cualesquiera "prestaciones que pudieran corresponderle". No obstante, el asunto no deja de resultar controvertido, por cuanto que por vía reglamentaria se pone en cuestión lo previsto expresamente en la LODLE, lo que a nuestro juicio suscita fuertes dudas de ilegalidad del precepto reglamentario en cuestión (40). Nos referimos a lo previsto en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos del trabajador en la Seguridad Social, conforme a la redacción dada en la reforma del mismo de 2005: "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley". La ilegalidad a nuestro juicio no reside en la exclusión formal del sistema, que puede efectuarse a resultas de su situación irregular, sino a la limitación del derecho a obtener las correspondientes prestaciones con una ambi-

(39) STS, 9 de junio de 2003, RJ 3936; 7 de octubre de 2003, RJ 6497. Alguna sentencia de Tribunal Superior de Justicia entiende que no puede condenarse al pago a la Mutua de accidentes de trabajo (STSJ, Castilla y León/Burgos, 30 de julio de 2004, AS 2194).

(40) Art. 42.2. pág. 2, conforme a la redacción introducida por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre (BOE 16 de septiembre de 2005).

gua remisión a "determinadas prestaciones", como si no tuvieran derecho a todas las que derivan del sistema a la luz de lo dicho por la LODLE.

Eso sí, este tipo de obligaciones, y por derivación de derechos, ha de entenderse como efectos de pasado. De pasado en el sentido de que una vez consumada la conducta ilícita por parte del empresario de proceder a contratar a un extranjero sin permiso de trabajo, si se comprueba por la autoridad competente el hecho consumado de la contratación ilícita, se le podrá exigir el cumplimiento de sus obligaciones de cotización frente a la Seguridad Social, con vistas a que no se beneficie de su conducta ilícita. Dicho en sentido contrario, tratándose de una contratación prohibida legalmente, por mucho que no desencadene la nulidad, lo que no podrá solicitar el empleador es el alta y cotización del trabajador extranjero sin permiso de trabajo. Prueba de ello es que reglamentariamente se exige que para la afiliación y alta del trabajador extranjero éste ha de estar en posesión del permiso de trabajo. Así se contempla expresamente en la normativa vigente reformada en 2005, es decir, con posterioridad a lo previsto en la LODLE (41). De este modo, se podrá rechazar cualquier pretensión empresarial de afiliación y alta de un trabajador sin permiso de trabajo, como revisar de oficio y anular un alta indebida por tal motivo (42).

Del mismo modo se ha entendido por alguna resolución judicial reciente que el contrato no solamente es válido, sino que la pérdida del permiso de trabajo sólo faculta al empresario a despedir por el cauce oportuno, que no es otro que el despido objetivo

(41) "A los efectos de la afiliación y el alta para su inclusión en el sistema y en el correspondiente régimen de Seguridad Social en los términos previstos en la ley, se equiparán a los españoles los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, en los casos en los que sea legal o reglamentariamente exigible" (art. 42.1 Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos del trabajador en la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, BOE 16 de septiembre).

(42) STSJ, Navarra, 17 de febrero de 2002, AS 678/2003.

por ineptitud (43); por tanto, con derecho a percibir la indemnización tasada legalmente. Para el resto, el contrato de trabajo despliega plenos efectos jurídicos, resulta plenamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre el empresario y trabajador.

Naturalmente, el empresario se encuentra en una situación de ilegalidad y, como tal, no puede continuar manteniendo el correspondiente vínculo contractual. Quiere ello decir que el empresario debe cesar en su conducta ilegal y debe dejar de darle trabajo a ese sujeto que carece del correspondiente permiso de trabajo. El dilema, en estos términos, parece que desemboca en una especie de callejón sin salida: la ilegalidad no puede perjudicar al trabajador, el contrato no se considera nulo en estos términos, el empresario debe cesar en darle trabajo a ese extranjero, pero tampoco existe causa en el ordenamiento laboral que expresamente contemple la extinción contractual. El supuesto es diverso del antes contemplado de la contratación regular inicialmente, de la que deriva posteriormente la pérdida del permiso de trabajo, que lógicamente permite integrarse en el despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Aquí, al no tener permiso de trabajo desde el inicio de la actividad profesional, se trata de una ineptitud originaria que no puede alegarse con posterioridad al cumplimiento del período de prueba (art. 52.a ET). Naturalmente, si no hubo período de prueba, que se supone que es lo que ocurrirá en la mayoría de las ocasiones en la medida en que al ser irregulares la contratación tiende a ser verbal, la ineptitud originaria podrá alegarse en todo caso. El problema se suscita cuando se pactó un período de prueba y éste ya ha transcurrido; en esa hipótesis formalmente no se podría acudir al despido objetivo por ineptitud, pero en los mismos términos ello no puede determinar que el empresario haya de mantener el vínculo con el trabajador sin permiso de trabajo, pues la normativa sobre extranjería se lo prohíbe. A nuestro juicio, en estos casos, no habría otra

(43) STSJ, Cataluña, 11 de enero de 2005, JUR 64861. Si el despido se efectúa verbalmente se ha de calificar éste como nulo (STS 29 de septiembre de 2003, RJ 7446).

salida que entender que el despido se ha de producir, judicialmente se declararía como improcedente y con condena exclusivamente al abono de la indemnización legalmente prevista, sin posibilidad de readmisión. En sede teórica cabría también interpretar que se trata de un supuesto de fuerza mayor, por "*factum principis*" en los términos del art. 51.12 ET, si bien ello conduciría al absurdo de que sería imprescindible tramitarla en todo caso a través de un expediente de regulación de empleo. Las soluciones apuntadas, desde luego, no nos pueden dejar satisfechos, por el absurdo que comportan, de modo que sería oportuno introducir algún tipo de reforma legislativa que solventara este dilema. En tanto ello se produce, no nos cabe sino remitirnos a las alternativas precedentes, por formalistas que éstas sean.

Por otro lado, caso de que el empresario proceda a despedir al trabajador, y éste se declara ilícito, nulo o improcedente, la condena judicial se ha de limitar al pago de la indemnización, sin concederle a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable respecto de unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo (44). La lógica precedente de imposibilidad de mantener el empresario una situación prohibida legalmente conduce a que sea inviable en todo caso la condena a la readmisión del trabajador sin permiso de trabajo, se declare el despido improcedente o incluso lo sea nulo por lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. Se podrá valorar la oportunidad de elevar la cuantía económica de la indemnización, ponderando el daño adicional producido a la víctima, pero en modo alguno la sentencia podrá condenar al empresario llevar a cabo una conducta que se califica como ilícita por el ordenamiento jurídico vigente.

Hemos venido insistiendo en reiteradas ocasiones que la causa por excelencia que puede llegar a justificar una mayor limita-

(44) STSJ, Cataluña, 14 de mayo de 2002, AS 1974. Hay, sin embargo otras sentencias que sin advertir el problema jurídico y sin ningún tipo de argumento proceden en el fallo a condenar a la empresa opcionalmente a la readmisión o al mantenimiento del cese indemnizado (STSJ, Madrid, 30 de septiembre de 2002, JUR 286425).

ción del extranjero en su incorporación a la actividad profesional en el territorio español deriva de la tutela preferente del derecho al trabajo y de la libre elección de profesión u oficio de quienes gocen de la nacionalidad española. Ello es lo que determina una pacífica aceptación, doctrinal y jurisprudencial, del régimen legal restrictivo en el acceso al trabajo de los extranjeros, por la vía de controles públicos. Sólo se habilita al trabajo a quien, tras los correspondientes controles públicos, obtiene el pertinente permiso de trabajo y, por añadidura, en los términos condicionantes temporales, geográficos o profesionales a los que se sujete dicho permiso de trabajo. Justamente por ello, la situación nacional del empleo constituye criterio decisivo de la concesión o no de dicho permiso de trabajo y, en atención a ello, se procede a la elaboración del denominado catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

La cuestión que se suscita en relación con lo anterior no es ya lo relacionado con el mencionado control público por parte de la autoridad estatal, sino en qué medida, con base en el anterior objetivo y fundamento, cabe establecer diferencias de tratamiento del extranjero, una vez que éste posee el pertinente permiso de trabajo. De principio, ha de tenerse en cuenta que el permiso de trabajo por previsión legal puede encontrarse limitado a determinadas actividades o sectores productivos, por lo que ha de presumirse que es a éste a quien corresponde establecer ese tipo de restricciones. Con todo, ello no supera por completo la utilización de ciertos criterios adicionales de selección del personal en el momento de la contratación, que bien podría pensarse que pretendieran utilizar bien los servicios públicos de colocación en el momento de desarrollar sus funciones de intermediación en el mercado de trabajo, o bien el propio empresario en el momento de la contratación, en la medida en que imagináramos que quisieran desarrollar una política de dar preferencia en la oferta de empleo al nacional español frente al extranjero con permiso de trabajo. De principio, ello no puede entenderse que constituya tratamiento discriminatorio en sentido estricto, en cuanto vulnerador de lo prohibido por el art. 23 LODLE. Sin

embargo, en lo que refiere a la actuación de los servicios públicos de colocación, conviene recordar que entre los objetivos generales que marca su actuación se encuentra el de igualdad de trato. Ello, bien es cierto, no impediría que el legislador, en un momento dado, optara por referir las medidas de fomento del empleo exclusivamente a los trabajadores que gozan de la nacionalidad española o de otro Estado miembro de la Unión Europea, pero que no concediera las pertinentes ayudas o subvenciones a los extranjeros. De hecho en alguna legislación precedente así sucedía (45). Eso sí, tal exclusión en estos momentos no sólo ha desaparecido, sino que incluso se admite la posibilidad de medidas de acción positiva a favor de ellos; en concreto, en estos momentos se contempla la posibilidad de que entre los colectivos prioritarios a favor de los cuáles se adoptarán programas específicos destinados a fomentar el empleo, por parte tanto del Gobierno como de las Comunidades Autónomas, se encontrarán las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente "inmigrantes" (art. 26 Ley 56/2003, de empleo).

Por otra parte, en lo que pueda afectar a la negociación colectiva o a la actuación de selección por parte del empleador, a nuestro juicio, ha de tenerse en cuenta sobre todo la posible aplicación del mandato contenido en el art. 17.2 ET. En efecto, este precepto establece una regla de reserva normativa, en cuanto que sólo permite que por Ley se establezcan las preferencias, reservas y exclusiones para la contratación. Por tanto, teniendo en cuenta que en estos momentos las únicas preferencias en la contratación previstas legalmente son las que derivan de las reglas relativas a los permisos de trabajo, a partir del instante en que se ostenta dicho permiso el derecho de acceso al trabajo de los extranjeros lo es en condiciones de igualdad con los nacionales españoles. Para el caso específico de la contratación laboral al servicio de las diversas Administraciones Públicas, por

(45) Cfr. art. 37.2 RD 155/1996, de 2 de febrero (BOE 23 de febrero), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de extranjería de 1985.

parte de la LODLE expresamente se les reconoce la posibilidad de acceder al empleo público como laborales en condiciones de igualdad a los españoles (46).

Una segunda duda se centra en la cuestión de si la estabilidad en el empleo podría venir a menos en el caso de los trabajadores extranjeros. Una vez más, la estabilidad en el empleo desde la perspectiva constitucional se encuentra vinculada al derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 CE, de modo que al ser un precepto titularidad exclusiva de quienes gozan de la nacionalidad española cabría establecer diferencias de tratamiento respecto de los extranjeros. Tampoco podría entenderse que las diferencias de tratamiento comportarían conductas discriminatorias, por cuanto que aquí concurren, al menos de principio, diferencias materiales evidentes.

Así, por ejemplo, suele ser habitual preguntarse en qué medida es posible vincular la temporalidad del contrato de trabajo a la misma temporalidad del permiso de trabajo. La legislación laboral ordinaria no prevé nada sobre el particular y, en particular, cuando establece las causas justificativas de la contratación temporal viene a hacerlo en relación a las circunstancias estructurales de funcionamiento de la actividad empresarial (art. 15 ET), pero no respecto de las circunstancias personales del trabajador a contratar. Eso sí, conviene recordar que para cierta doctrina, más allá de los supuestos admitidos de contratación temporal por el art. 15 ET, el propio Estatuto de los Trabajadores admite implícitamente la celebración de contratos de duración determinada siempre que no constituya abuso de derecho manifiesto por parte del empresario (art. 49.1.b ET) (47). A tenor de ello, la jurisprudencia en aplicación de la legislación de extranjería de 1985 admitió la correc-

(46) "Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones Públicas" (art. 10.2 LDDE).

(47) Por todas, STS 28 febrero 1997.

ción de la celebración de contratos temporales de los extranjeros en estos casos, sobre todo en base a que la caducidad, pérdida o inexistencia del permiso de trabajo determinaba a su vez la nulidad del contrato de trabajo mismo (48). Naturalmente el argumento central de esa jurisprudencia decae, a partir del momento en que la legislación actual ya no contempla ese efecto de ineficacia jurídica del contrato de trabajo derivado de la ausencia de permiso de trabajo (art. 36.3 LODLE). Pero, sobre todo, a nuestro juicio para que esa hipótesis de configuración de una nueva modalidad de contratación temporal fuera admisible sería preciso que se contemplase expresamente en la normativa laboral aplicable; recuérdese que conforme al art. 3.1 LODLE "Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles". Desde luego, la caducidad o pérdida del permiso de trabajo determina que legalmente el empleador no pueda continuar dándole ocupación al trabajador extranjero en cuestión, pero ello puede enfocarse como causa lícita de despido como ya hemos visto, pero no requiere necesariamente que *a priori* se contemple como un supuesto nuevo de contratación temporal. Aunque parezca que el resultado es el mismo, los efectos jurídicos son diferentes en cuanto a su régimen, cuando menos en dos elementos claves. De un lado, es diferente porque si la contratación no es temporal la renovación del permiso de trabajo es un fenómeno que confirma la continuidad del vínculo contractual, sin necesidad de compromiso adicional por ambas partes de prórroga también del contrato de trabajo. De otro lado, es diferente por cuanto que caso de procederse a la extinción del contrato de trabajo a resultas de la denegación de la renovación del permiso de trabajo, ello habría de articularse a través de un despido objetivo, con los correspondientes requisitos formales e indemnizatorios estipulados al efecto.

En esta última línea, la otra perspectiva de todo lo que venimos analizando se podría presentar en el momento final de vigencia

(48) Por todas, STS 29 de enero de 1990, RJ 228.

del contrato de trabajo. Por supuesto, la denegación o pérdida del permiso de trabajo justifica para extinguir el contrato de trabajo y, en concreto, como ya vimos, hacerlo a través del despido objetivo por ineptitud (49).

Pero, sobre todo, la cuestión más singular que se puede plantear es si en caso de necesidades de reducción de empleo por parte de una empresa por causas económicas o empresariales, que obliguen a aplicar el procedimiento de despido colectivo del art. 51 ET o de despido objetivo del art. 52.c ET el empresario y la representación de los trabajadores podrían utilizar como criterio de selección de los trabajadores a despedir su condición de extranjeros, con vistas una vez más a dar prioridad de permanencia a los trabajadores que gozan de la nacionalidad española (50). Una vez más, entiendo que ello no vulneraría en sentido estricto la prohibición de discriminación del art. 23 LODLE, si bien por prescripciones de diverso tenor tampoco resultaría viable. De un lado, cabría pensar en una posible aplicación analógica de lo previsto en el ya mencionado art. 17.2 ET. Pero sobre todo, hay que traer a colación un mandato explícito contenido en el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, ratificado por España. En efecto, conforme a su art. 24, "en caso de un despido individual o colectivo, el trabajador migrante recibirá el trata-

(49) STSJ, Cataluña, 11 de enero de 2005, JUR 64861. Eso sí, la pérdida del empleo por estos motivos da derecho a la percepción de la prestación por desempleo, con la única condición de que se siga conservando el permiso de residencia (STS 21 diciembre 1994, art. 10349; STSJ, Andalucía Málaga, 27 marzo 1995 art. 1029). A sensu contrario, no se puede reconocer cuando no goza del permiso de residencia ni puede obtener el de trabajo (STSJ, Cataluña, 18 marzo 1995, art. 1136; 16 mayo 1995, art. 1970). En los mismos términos para cuando concluye el permiso de residencia durante la percepción de la prestación (STS 21 diciembre 1994, art. 10349).

(50) La regulación previa al Estatuto de los Trabajadores contemplaba una lista de preferencias para no ser despedidos y, a la inversa, los que podrían ser seleccionados como los primeros a perder el empleo, entre los que se encontraban precisamente los extranjeros (Decreto 1870/1968, de 27 de julio); si bien, esta relación hoy en día ha desaparecido por completo excepto para el caso específico de la prioridad de preferencia de los representantes de los trabajadores.

miento reservado a los trabajadores nacionales, en virtud de la legislación nacional o de los convenios colectivos". Es cierto que el precepto alude expresamente a determinados contenidos de esta regulación: a la forma y plazo de notificación previa de despido, a las indemnizaciones que se deriven de la legislación o de los convenios, así como a las que podría tener derecho en caso de cancelación abusiva de su contrato de trabajo. Sin embargo, a mi juicio literalmente del precepto es claro que esas menciones lo son a mero título ejemplificativo, siendo lo decisivo la regla general de arranque de aplicación por igual al trabajador migrante de la legislación de tutela frente al despido. En definitiva, en aplicación de dicho precepto, las prioridades en la conservación del puesto de trabajo no pueden fijarse a favor exclusivamente de los españoles por la mera razón de su nacionalidad.

VI. LOS RESQUICIOS DEL MANTENIMIENTO DE LAS DIFERENCIAS DE TRATAMIENTO

A lo largo de todo el excurso precedente hemos visto como en nuestro ordenamiento jurídico se ha venido produciendo una progresiva extensión del principio de paridad de tratamiento y no discriminación entre extranjeros y nacionales por lo que refiere a las condiciones de trabajo, primero a través de los condicionantes constitucionales y de la jurisprudencia constitucional consolidada por nuestro alto Tribunal, sucesivamente por medio de los compromisos internacionales derivados de la ratificación de los correspondientes Tratados internacionales, para concluir con la consagración en todas sus vertientes por parte de la legislación ordinaria de desarrollo, en especial por la versión vigente de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los extranjeros y su integración social.

Pues bien, a pesar de ello, es obligado señalar, para concluir con este estudio, que perviven ciertos resquicios a través de los cuáles, si bien lo sea como excepción a la regla general, cabría mantener ciertas diferencias de tratamiento de los nacionales en

sus condiciones de trabajo. Ello, a nuestro juicio, se puede verificar por una doble vía. De una parte, por cuanto que los textos internacionales de referencia, particularmente el Convenio Europeo sobre el Estatuto del Trabajador Migrante así como el Convenio 97 OIT, excluyen de su ámbito de aplicación, y por tanto de la prohibición de discriminación, a determinados trabajadores o actividades profesionales. De otro lado, porque la normativa específica dirigida a estos trabajadores o actividades podría exceptuar las reglas de no discriminación prevista en el tenor de la LODLE.

Así, por una parte sería viable que la legislación ordinaria excluyera del disfrute de ciertos derechos a quienes no se encuentren regularizados plenamente en nuestro país. Habitualmente eso es lo que se hace respecto de los servicios sociales o de las prestaciones sociales no esenciales que comportan una actividad de acción positiva por parte de los poderes públicos, con su correspondiente coste económico de desembolso de fondos públicos. Cuando este tipo de servicios se consideran esenciales, consustanciales a la propia persona humana o a su dignidad se prestan a todos los extranjeros que de hecho se encuentran en el territorio español, o bien exigiendo requisitos formales administrativos de mero registro o menor control público, como es el caso del empadronamiento municipal. Así, por ejemplo, en cuanto a la Seguridad Social, aunque en principio se les reconoce exclusivamente a los extranjeros residentes (art. 12 LODLE), sucesivamente para los que se encuentren contratados laboralmente sin el correspondiente permiso de trabajo, se considera que ello no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle (art. 36.3 LODLE) (51). En particular, la asistencia sanitaria a quienes se encuentren inscritos en el padrón municipal (art. 12 LODLE).

(51) Como otros ejemplos derivados de servicios públicos propios del Estado social de bienestar, cabría mencionar que la educación obligatoria se le reconoce a todos los extranjeros menores de 18 años, mientras que la no obligatoria tan sólo se le reconoce a los extranjeros residentes (art. 9 LODLE); la ayuda a la vivienda va referida a los extranjeros residentes (art. 13 LODLE).

Pero, sobre todo, el caso más elocuente como potencial diferenciación de trato en lo que refiere específicamente a las condiciones de trabajo, y probablemente el único con trascendencia en nuestro ordenamiento vigente, salvo error u omisión, se encuentra en el ámbito de la marina mercante. En efecto, la Ley de Puertos procede a crear lo que denomina el registro especial de buques y empresas navieras, con sede en la Comunidad Autónoma de Canarias, y en el que se pueden inscribir aquéllos que realicen exclusivamente navegación exterior o extranacional, con exclusión por tanto de los buques de cabotaje. Pues bien, a los efectos que a nosotros nos interesa destacar en estos momentos, la especialidad por excelencia de este registro especial es la posibilidad de establecer un régimen diferenciado para los extranjeros. De un lado, se fijan reglas de preferencia en la contratación de los nacionales españoles o de algún otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea. De otro lado, se faculta a las navieras para inaplicar la legislación laboral española para los extranjeros enrolados en dichos buques (52). Dicha disposición no excluye directa y automáticamente la aplicación de la legislación laboral española, pero sí que permite que a través de pacto individual se pueda llevar a cabo tal exclusión, con lo cual convierte en legislación dispositiva a toda la normativa laboral, tanto la estatal como la derivada de convenio colectivo, primando en todo caso lo que se pacte a través de contrato de trabajo y, con ello, a la postre admitiendo la posibilidad de establecer un régimen peyorativo de condiciones de trabajo de los extranjeros respecto de los nacionales que trabajen en esos mismos buques.

(52) "Las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores no nacionales españoles, empleados a bordo de los buques matriculados en el Registro especial, se regularán por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma se someta a la normativa emanada de la Organización Internacional de Trabajo o, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales suscritos por España", Disp. Adic. 15 Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

En el fondo, la regla es una vía de "dulcificación" de los imperativos legales de nuestra legislación nacional, con vistas se presupone a evitar que nuestros buques de mercancía internacionales naveguen con banderas de conveniencia. Sea cual sea la causa determinante de la opción legal, no puede objetarse nada a la legalidad de la medida, que se presenta como excepción a las reglas generales de la LODLE y por añadidura viene avalada por los textos internacionales, que como vimos tienden a excluir de los Convenios sobre inmigración a la gente del mar.

Por lo demás, la fórmula española se inserta en un sistema generalizado en casi todos los países europeos con una importante flota de buques destinados al transporte de mercancías internacional o exterior, donde igualmente se crean este tipo de registros especiales. Tan es así, que la regulación de algunos de estos países ha provocado el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La perspectiva de análisis, como no podía ser otro en el ámbito comunitario, habida cuenta de la pobreza de la intervención en este ámbito en lo que refiere a equiparación de condiciones de trabajo de extranjeros como advertimos al principio, se sitúa en el posible efecto de distorsión de la competencia mercantil entre empresas de la Unión Europea. Pues bien, ni siquiera desde esta perspectiva el Tribunal de Justicia ha llegado a percibir objeciones legales a la presencia de este tipo de reglas que pueden presionar a la baja en las condiciones de trabajo de los extranjeros enrolados en estos buques respecto de los que se encuentren embarcados en los de otros países. En concreto, lo que viene a fallar el Tribunal de Justicia es que tales diferenciaciones no atentan al Derecho Comunitario y, en particular, no inciden sobre la prohibición de ayudas públicas que provoquen distorsiones en la competencia, ni se opone a la política social comunitaria atendida por el antiguo art. 117 del Tratado, actualmente arts. 136 ss., la existencia de un Registro Internacional de Buques en la República Federal de Alemania que permite excluir la aplicación de la legislación laboral del país a quienes carezcan de domicilio habitual o residencia en territo-

rio nacional enrolados en buques que enarbolan el pabellón alemán (53).

La concreta regulación española en ningún momento ha sido llevada a los Tribunales de Justicia, ni a los internacionales ni a los nacionales. No obstante, estimamos que tampoco cabe efectuar objeción alguna a la regulación vigente del registro especial de Canarias, a la vista de las resoluciones precedentes así como a las especialidades que concurren en el caso en cuestión, así como a las ya citadas habilitaciones expresas por parte de los Tratados internacionales ratificados por España.

(53) "Un régimen de un Estado miembro, como el aplicable al ISR, que permite someter los contratos de trabajo celebrados con marineros nacionales de terceros países, sin domicilio habitual o residencia en dicho Estado, a condiciones de trabajo y de retribución a las que no se aplica el Derecho de este Estado miembro y son claramente menos favorables que las de los marineros nacionales de este mismo Estados miembro, no constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del art. 92 del Tratado y que el art. 117 del Tratado no se opone a la aplicación de dicho régimen" (STJCE de 17 de marzo de 1993, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Slogan Neptum Schiffahrts).