

*LOS DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS
INMIGRANTES IRREGULARES EN ESPAÑA*

TÍTULO I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN
2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

TÍTULO II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y NORMATIVA

1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

- 1.1.1. El concepto de inmigrante-trabajador
- 1.1.2. El fenómeno migratorio
- 1.1.3. Ciudadanía, Nacionalidad y Extranjería
- 1.1.4. Extranjero
- 1.1.5. Concepto de trabajador y de relación de trabajo

- 1.2. Las situaciones administrativas del inmigrante
 - 1.2.1. Inmigrante en situación regular vs irregular
 - 1.2.2. Inmigrante en situación irregular vs ilegal
 - 1.2.3. La situación administrativa especial de la inmigrante irregular víctima de violencia de género

1.3. Tipología de trabajadores extranjeros

2. LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA EN EL MARCO NACIONAL E INTERNACIONAL

- 2.1. El extranjero en la CE y en la normativa de extranjería
 - 2.1.1. Colectivos excluidos de las normas nacionales de extranjería
 - 2.1.2. Colectivos excluidos por normativa específica: Refugiados y apátridas
- 2.2. El trabajador extranjero en la Unión Europea
- 2.3. El trabajador extranjero en la normativa internacional
 - 2.3.1. Naciones Unidas
 - 2.3.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

- 2.3.1.2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966
- 2.3.1.3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
- 2.3.2. Consejo de Europa
 - 2.3.2.1. El Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Migrante
 - 2.3.2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos
 - 2.3.2.3. La Carta Social Europea
 - 2.3.2.4. La Convención de la Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias
- 2.3.3. La Organización Internacional del Trabajo
 - 2.3.3.1. El Convenio n. 97 relativo a los trabajadores migrantes
 - 2.3.3.2. El Convenio n. 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes
 - 2.3.3.3. El Convenio n. 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación
 - 2.3.3.4. El Convenio n. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva
- 2.3.4. Normas internaciones específicas en materia de Seguridad Social y Salud de los inmigrantes
- 2.3.5. Tratados Bilaterales y Acuerdos de Cooperación y reciprocidad sobre trabajo de extranjeros
- 2.3.6. El Acuerdo de Schengen

TÍTULO III. EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS

- 1.1. La extranjería en la Constitución española de 1978
- 1.2. El Estatuto de los Trabajadores como marco general de la regulación legal de la extranjería
- 1.3. La normativa específica en materia de extranjería: Evolución y normativa actual
 - 1.3.1. LO 7/1985: La expulsión del trabajador sin autorización administrativa
 - 1.3.2. LO 4/2000: La validez del contrato de trabajo sin autorización administrativa

- 1.3.3. LO 8/2000: La contrarreforma y el paso atrás
- 1.3.4. LO 14/2003: La reforma de la autorización para trabajar
- 1.3.5. La reforma vigente: la LO 2/2009 y el endurecimiento de los requisitos para el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo
 - 1.3.5.1. Nuevas limitaciones funcionales y geográficas
 - 1.3.5.2. Las contrataciones “en origen”.

2. “CONTRATO DE TRABAJO” Y “RELACIÓN DE TRABAJO “ COMO EJES DEL TRABAJO DE EXTRANJEROS

- 2.1. Actos previos para la celebración de un contrato de trabajo.
 - 2.1.1. La autorización para actividades lucrativas
 - 2.1.2. El visado de empleo
 - 2.1.3. La oferta de trabajo y el precontrato
 - 2.1.4. La potestad de las Administraciones Públicas en la concesión de la autorización para trabajar
- 2.2. Validez y eficacia del contrato de trabajo celebrado por inmigrantes en situación irregular
 - 2.2.1. Problemática de los efectos del despido improcedente y nulo

3. PARTICULARIDADES EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN REGULAR E IRREGULAR

TÍTULO IV. ASPECTOS COLECTIVOS Y DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR

1. LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS IRREGULARES COMO SUJETOS DE DERECHOS COLECTIVOS

- 1.1. Evolución de los derechos colectivos
 - 1.1.1. “Claros y oscuros” en el reconocimiento de los derechos colectivos de los extranjeros en la LO de 1985
 - 1.1.2. La integración y el pleno reconocimiento de los derechos colectivos en la redacción original de la LO 2000
 - 1.1.3. Las restricciones al ejercicio de los derechos colectivos en la LO 8/2000
 - 1.1.4. La doctrina del TC sobre los derechos colectivos de los inmigrantes

- 1.1.4.1. El alcance legal de los derechos reconocidos a los extranjeros
 - 1.1.4.2. La contradicción entre la LO 2/2009 y los Tratados Internacionales
- 1.2. La regulación vigente de los derechos colectivos de los extranjeros irregulares
- 1.2.1. El derecho de reunión
 - 1.2.1.1. El Derecho de reunión como derecho fundamental
 - 1.2.1.2. El Derecho de reunión como derecho laboral de todo trabajador
 - 1.2.2. El derecho de asociación
 - 1.2.2.1. El Derecho de asociación como derecho fundamental
 - 1.2.2.2. Fundación y afiliación a asociaciones empresariales
 - 1.2.2.3. La constitución y afiliación a asociaciones profesionales por trabajador autónomo extranjero
 - 1.2.3. El derecho de libertad sindical
 - 1.2.3.1. La Libertad sindical como derecho fundamental
 - 1.2.3.2. Fundación y afiliación a sindicatos
 - 1.2.3.3. Sindicatos formados sólo por extranjeros
 - 1.2.4. El derecho de representación y negociación colectiva
 - 1.2.4.1. La participación de los trabajadores irregulares en el proceso de elecciones a representantes unitarios
 - 1.2.4.2. La participación de los trabajadores irregulares en la constitución de órganos de representación sindical
 - 1.2.4.3. Garantías y prerrogativas del representante en situación irregular
 - 1.2.4.4. Un supuesto particular de pérdida de la condición de representante: la no renovación de la autorización para trabajar
 - 1.2.5. El derecho de huelga
 - 1.2.5.1. El Derecho de huelga como derecho fundamental
 - 1.2.5.2. Los trabajadores extranjeros en situación irregular como titulares del derecho de huelga
 - 1.2.5.2.1. La finalidad de la huelga de trabajadores en situación irregular
 - 1.2.5.2.2. El ejercicio del derecho de huelga
 - a) El acuerdo y la convocatoria de huelga

- b) La comunicación de la huelga
 - c) El comité de huelga
 - d) La participación en piquetes
- 1.2.5.2.3. Efectos del ejercicio del derecho de huelga
- 1.2.5.3. La tutela de los derechos colectivos de los trabajadores irregulares

2. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

2.1. Cuestiones previas

2.2. La protección de Seguridad Social de los extranjeros en el marco internacional

- 2.2.1. El principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros y sus excepciones
- 2.2.2. El principio de reciprocidad entre Estados
- 2.2.3. El principio de conservación de derechos adquiridos
- 2.2.4. El principio del mantenimiento de derechos en curso de adquisición
- 2.2.5. Principio de cooperación entre Estados

2.3. El derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en el marco de la Unión Europea

2.4. La protección de los trabajadores extranjeros en la normativa española de Seguridad Social

- 2.4.1. Evolución normativa
- 2.4.2. Regulación vigente en materia de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros
 - 2.4.2.1. La Seguridad Social de los extranjeros en la Constitución Española de 1978
 - 2.4.2.2. La Ley General de Seguridad Social
 - 2.4.2.3. La Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular
 - 2.4.2.3.1. Los servicios y prestaciones sociales básicas
 - a) Postura del Tribunal Constitucional
 - b) Postura del Tribunal Supremo
 - 2.4.2.3.2. Prestaciones derivadas de contingencias profesionales

TÍTULO V. EL DERECHO A LA SALUD Y A LA ASISTENCIA SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

- 1.1. La Asistencia Sanitaria como derecho fundamental y universal
- 1.2. La inclusión de la Asistencia Sanitaria en el Sistema de Seguridad Social
- 1.3. La regulación legal del derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en España
 - 1.3.1. Primera fase: 1985-2000. La limitación del derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación regular en España

 - 1.3.2. Segunda fase: 2000-2009. La extensión del derecho de Asistencia Sanitaria a los extranjeros en situación irregular
 - 1.3.2.1. El empadronamiento municipal
 - 1.3.2.2. El contenido y alcance del derecho de Asistencia Sanitaria
 - 1.3.2.3. El supuesto de “accidente” o “enfermedad grave” en el caso de extranjeros no empadronados

 - 1.3.3. Tercera fase: 2009-2012
 - 1.3.3.1. La flexibilidad en el empadronamiento
 - 1.3.3.2. El nuevo concepto de “enfermedad grave”

 - 1.3.4. Cuarta fase: 2012-2015. La condición de asegurado
 - 1.3.4.1. El efecto de la política de recortes en la Asistencia Sanitaria
 - 1.3.4.2. La condición de asegurado de los inmigrantes irregulares
 - 1.3.4.3. El Convenio Especial de protección de Asistencia Sanitaria a inmigrantes irregulares
 - 1.3.4.4. El papel de las Comunidades Autónomas ante el RD-ley 16/2012, de 20 abril
- 1.4. El Derecho a la Asistencia Sanitaria de colectivos especialmente vulnerables en situación irregular
 - 1.4.1. Extranjeros menores de edad
 - 1.4.2. Extranjeras embarazadas

- 1.3.5. Quinta fase: Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

2. LA ASISTENCIA SOCIAL

- 2.1. Breve delimitación conceptual y caracteres de la asistencia social
- 2.2. El derecho de los extranjeros a la Asistencia Social interna de la Seguridad Social
- 2.3. El derecho de los extranjeros a la Asistencia Social externa a la Seguridad Social
 - 2.3.1. Prestaciones y servicios sociales: delimitación
 - 2.3.2. El carácter “general”, “básico” y “específico” de las prestaciones y servicios sociales
- 2.4. La renta activa para extranjeras víctimas de violencia de género

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

TÍTULO I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN

El desplazamiento de personas de un territorio a otro ha constituido un proceso constante en la evolución de la Humanidad. La emigración constituye una realidad social, un fenómeno que se ha producido desde épocas pasadas y que se mantiene en la actualidad. Persistirá mientras existan diferencias políticas, económicas y sociales ya que la persona tenderá a desplazarse buscando condiciones de vida dignas y nuevas oportunidades de empleo, en definitiva, una mejor calidad de vida para él y su familia.

Ese movimiento entre países es consecuencia del ejercicio de la libertad que ostenta toda persona. La movilidad de la población constituye un Derecho Fundamental del ser humano, que deriva de la capacidad que posee de toda persona de trasladarse y de circular libremente por el territorio de un Estado, como queda reflejado ya, desde tiempo atrás, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en cuyo artículo 13 se dice que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

No obstante, lo expuesto no significa un derecho a entrar, residir o trabajar en un país, por lo que el Estado, preocupado por la entrada o llegada de inmigrantes, se encontrará facultado para establecer requisitos o condiciones para ello y nuestro país es uno de los Estados que impone requisitos administrativos para la entrada, residencia y el ejercicio de una actividad laboral en España, ya sea por cuenta propia o ajena.

Los requisitos que exige nuestro ordenamiento jurídico español son: la autorización de estancia para entrar y residir en nuestro país y la autorización para trabajar en caso de ejercer una actividad laboral, siendo éste último aspecto el que nos interesa.

El fenómeno migratorio en España ha adquirido gran relieve en los últimos años debido a que nuestro país ha pasado de ser un país de emigrantes a convertirse en un país receptor de inmigración. Así, las estadísticas señalan que estando vigente la primera Ley Orgánica de Extranjería de 1985, los extranjeros afiliados a la Seguridad Social eran 184.690. En diciembre de 2000, coincidiendo con la reforma de la LO 4/2000 por la LO 8/2000, dicha cifra se incrementó a 277.685, no dejando de aumentar a lo largo de los siguientes años hasta superar por primera vez en junio de 2005 el millón de trabajadores afiliados (1.025.328), y alcanzando en 2008 el millón y medio de afiliados. No existen datos respecto del trabajo de extranjeros en situación irregular.

Cuando los extranjeros llegan a nuestro país realizan un trabajo por cuenta ajena, por lo que se genera una serie de derechos y obligaciones para los mismos, si bien el fundamento y alcance de los derechos atribuidos dependerá de si su situación en España es acorde con la normativa de extranjería, es decir, de si está en posesión o no de las autorizaciones administrativas que le facultan para trabajar en nuestro país. Cuando el extranjero está en posesión de las autorizaciones requeridas por la ley, su situación es equiparable a la de los trabajadores nacionales; no obstante, la ausencia de los requisitos administrativos exigidos obligan a buscar un soporte jurídico diferente al trabajo realizado. Así, será la normativa internacional, por un lado, y la existencia de una relación de trabajo en base a la presunción de laboralidad contenida en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, por otra, lo que permitirá justificar la atribución de una serie de derechos laborales y de seguridad social a los extranjeros en situación irregular. Es, precisamente, la determinación de los derechos y el concreto alcance de éstos a lo que dedicaremos este trabajo.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la nacionalidad desempeña un papel importante a la hora de atribuir derechos y obligaciones a los extranjeros ya que la distinta procedencia de éstos conlleva la aplicación de normativas diferentes. Desde esta perspectiva, conviene advertir que el ámbito subjetivo de este trabajo no afecta a los nacionales de un Estado Miembro de la Unión Europea ni a los nacionales de un Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo, así como tampoco a los nacionales de un Estado firmante del

Acuerdo de Schengen o a los nacionales de Suiza pues a todos estos sujetos les será de aplicación el Derecho de la Unión Europea. Tampoco se analizarán los derechos laborales y de Seguridad Social de los extranjeros que disfrutaban de un estatuto particular como son los refugiados o apátridas.

En consecuencia, el ámbito subjetivo de este estudio sólo se circunscribe al trabajador extranjero extracomunitario o nacional de un tercer país no amparado por el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. La regularidad o no de su entrada y permanencia en España repercutirá directamente en los derechos laborales y de Seguridad Social que pueda disfrutar y en su alcance.

La construcción del modelo español de inmigración, entendido como el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan la integración de los inmigrantes en un sistema de libertades, hace necesario, a mi juicio, no sólo un balance de los cambios normativos y de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales sobre los derechos de los inmigrantes en situación regular sino, también, de los inmigrantes en situación irregular que, en calidad de personas, reclaman los derechos que derivan de su condición de trabajador.

2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Los objetivos principales de este trabajo son los que se exponen a continuación:

- Examinar la normativa laboral general y específica de extranjería.
- Estudiar la normativa internacional sobre derechos laborales y de Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular.
- Determinar el fundamento y alcance de los derechos de los extranjeros en situación irregular.
- Analizar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el trabajo de los extranjeros.

Para abordar los citados objetivos se ha seguido la siguiente Metodología:

La metodología de trabajo se ha basado, fundamentalmente, en el análisis de fuentes constitucionales, primarias y secundarias del derecho, tanto las derivadas de las instituciones de la Unión Europea, como de ámbito nacional. También han sido consultados numerosos instrumentos normativos de ámbito autonómico.

Se ha realizado un examen de la jurisprudencia más significativa sobre delimitación competencial, y en concreto la que aborda más recientemente la materia de la inmigración. Además del derecho positivo y de las fuentes doctrinales consultadas para esta investigación, han sido examinados otros documentos igualmente valiosos en cuanto a su aporte de información, tales como actos jurídicos no vinculantes y otros documentos de ámbito europeo, nacional y regional, como son los planes y programas estratégicos, estudios, informes, memorias, boletines, páginas web y otras publicaciones.

Sin embargo, las fuentes manejadas van más allá de las tradicionales de la investigación jurídica (doctrina, jurisprudencia y normas sustantivas), recurriéndose en no pocas ocasiones a la información proporcionada directamente por los agentes implicados en la construcción activa de las políticas de integración de inmigrantes.

En el Título primero exponemos la introducción, objetivos y metodología utilizada.

En el Título II partimos de una necesaria delimitación de conceptos que resultan esenciales para diferenciar cuáles son las personas objeto de este trabajo. Asimismo, se hace un recorrido por la evolución de la política migratoria tanto Internacional como de la Unión Europea, centrandó el trabajo

en la determinación de los derechos de los que disfrutaban los trabajadores extranjeros desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social.

En el Título III se analiza el modelo de contratación del extranjero partiendo del prisma constitucional, la normativa nacional y la regulación específica en materia de extranjería e inmigración. En este Título se intenta acotar e identificar la progresiva construcción de un estatuto jurídico-social para el trabajador extranjero.

Se analiza el derecho al trabajo del extranjero en las diversas situaciones en las que puede encontrarse el mismo, pues desde la perspectiva de la relación laboral de trabajo destaca por su importancia la conexión entre la autorización administrativa de trabajo y el propio contrato de trabajo.

El enfoque jurídico domina la exposición en esta parte del trabajo, pues en ella se hace un recorrido sobre los derechos y obligaciones de los extranjeros en situación irregular en nuestro país desde la primera Ley de Extranjería.

Asimismo, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de validez del contrato de trabajo que ha tenido una clara influencia en el artículo 36.5 de la actual Ley de Extranjería.

Al hilo de lo expuesto, dentro del Título IV, tendremos ocasión de hacer un estudio pormenorizado de las importantísimas sentencias del Tribunal Constitucional de 2007, que resolviendo los recursos de inconstitucionalidad interpuestos a la LO 8/2000, sienta una nueva doctrina anulando ciertos preceptos de la citada Ley reconociendo los derechos colectivos de reunión, asociación, libertad sindical y de huelga de los trabajadores extranjeros en situación irregular.

Asimismo, se abordará el análisis del derecho a la Seguridad Social de los extranjeros el ámbito internacional e interno. Como consecuencia de la validez del contrato celebrado por un extranjero en situación irregular, se hará examen de las prestaciones de seguridad social derivadas del contrato, con especial referencia al desempleo.

El derecho a la protección de la salud y a la asistencia social de los extranjeros tiene su lugar en el Título V que comenzará por el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros como un derecho fundamental y universal recogido en la Constitución Española, continuando por las leyes y la normativa de extranjería. Es imprescindible hacer mención a los diversos requisitos que se han ido exigiendo a través del tiempo y las principales novedades introducidas por la LO de 2009.

La negativa situación económica y del mercado de trabajo español ha afectado singularmente a esta materia pues sustenta una de las cuestiones más controvertidas a la que haremos alusión obligada. Hablamos de la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad de las prestaciones, en el cual se produce un importante giro en el que se pasa de la condición de beneficiario a la de asegurado, provocando un recorte sin precedentes en el derecho a la sanidad de los extranjeros irregulares en nuestro país.

Para finalizar, dentro de este capítulo, sentimos la obligación de hacer alusión, de manera sucinta, a los aspectos generales y destacados de la asistencia social de este colectivo.

TÍTULO II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y NORMATIVA

1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

Desde hace muchos años a los inmigrantes que han dejado atrás su tierra se los ha definido de diferentes maneras. Los conceptos utilizados, por regla general, pueden resultar denigrantes como pueden ser, sin papeles, irregulares, indocumentados, clandestinos, ilegales, etc. Dependiendo del uso que le demos a la terminología, la concepción sobre el fenómeno de la inmigración será en un sentido o en otro. Así, podemos entender la inmigración como un problema que debe solucionarse con rapidez, en el que el único responsable sería el inmigrante. Por otro lado, y en un sentido opuesto, también se puede ver la inmigración como un nuevo enfoque a la sociedad, el enriquecimiento de ésta, y el desarrollo económico que la inmigración ha supuesto en muchos países¹.

1.1. El concepto de inmigrante-trabajador

Al hablar de trabajadores inmigrantes extranjeros, tendremos que diferenciar qué entendemos por extranjero, inmigrante en situación regular e irregular, comunitario, extracomunitario, transfronterizo, apátrida y refugiado. Veremos que el extranjero podrá ser nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea², nacional de un Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE)³, nacional de un Estado firmante del Acuerdo de Schengen⁴ o nacional de Suiza⁵, bajo el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

¹ LEX NOVA; "IV. Inmigrantes ilegales: concepto infame. Responsables y deshonrados". Revista de Derecho Migratorio y Extranjería num.29/2012 parte Artículos Doctrinales. Lex Nova. Valladolid. 2012, p. 1.

² Actualmente son 27 los países que componen la Unión Europea.

³ Acuerdo de 2 de mayo de 1992. Compuesto por los 27 países miembros de la UE, más Islandia, [Liechtenstein](#) y [Noruega](#).

⁴ De 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de controles en fronteras comunes. Los 27 los miembros de la UE componen el Acuerdo Schengen, excepto Irlanda y Reino Unido.

⁵ Miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o más conocida por las siglas en inglés EFTA)

Por otro lado, nacionales de terceros países o extracomunitarios, que serían los que se encuentran fuera de éste espacio de aplicación. Esta sería la cuestión a tener en cuenta para poder encuadrarlo dentro de un tratamiento jurídico determinado. Pudiendo, en consecuencia, ser distinto en función de su procedencia o nacionalidad.

1.1.1. El fenómeno migratorio

Migrante para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el “que se traslada de su propio país a otro, generalmente con el fin de trabajar en él de manera estable o temporal.” El verbo *emigrar* se define como “dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero” o también, “abandonar la residencia habitual dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida”. Asimismo encontramos el término *emigración*, entendido como el “conjunto de habitantes de un país que trasladan su domicilio a otro por tiempo ilimitado, o, en ocasiones, temporalmente”.

Por lo que inmigrante se podría definir como la persona que abandona su país de origen, por distintas causas, siendo las principales de carácter económico, político o social. Y al definir al inmigrante, como persona de otro país, podremos diferenciarlo o no del concepto de extranjero.

La inmigración es uno de los fenómenos de la globalización actual⁶ y se entiende como la configuración de un espacio mundial unificado en la producción, comercio y finanzas, siendo específicamente relevante el enorme desarrollo del transporte y las comunicaciones⁷.

La inmigración constituye el núcleo del “extranjerismo”. El inmigrante o, de forma más general, el extranjero es concebido en el derecho como un sujeto

⁶ SASSEN, S.; Los espectros de la globalización..., op. cit., p. 17.

⁷ AJA, E.; Inmigración y democracia. Alianza Editorial. Madrid. 2012. p. 23.

parcial. Inmigrantes e inmigración se han convertido en realidades evidentes y de enorme contenido. La tensión entre un sujeto formal de pequeñas dimensiones como es el extranjero, y una realidad de gran magnitud, se encuentra en la capacidad heurística que tiene la inmigración para arrojar luz sobre las tensiones existentes en el núcleo Estado-nación históricamente constituido.⁸

El factor principal que origina la migración es, según algunos autores, la necesidad de mano de obra en la sociedad de destino, pues sólo trabajadores extranjeros aceptan el desempeño de determinados trabajos de baja escala social y mal pagados, cuando la sociedad alcanza un cierto nivel de desarrollo.⁹

Pero, también debemos tener en cuenta la inmigración que se produce en la actualidad, debido al desempleo en los países de origen, que es la que está constituida por profesionales de alto nivel formativo. El mercado internacional ha mostrado un especial interés por los médicos, fisioterapeutas, enfermeros, ingenieros superiores industriales, mecánicos, electrónicos, aeronáuticos, informáticos, investigadores y científicos españoles.

Alemania, Reino Unido y Francia, junto con algunos países del este de Europa, son algunos de los destinos predilectos de los españoles que emigran. En países de Asia y Oriente Próximo, como China y Emiratos Árabes, el número de censados se ha duplicado entre 2010 y 2012.

En 2011 se registró, por primera vez en una década, mayor movimiento de emigración que de inmigración, con una diferencia de 57.182 personas. Hasta entonces, el saldo había sido positivo, entrando 47.362 personas más de las que salieron en 2009 y 62.156 en 2010¹⁰.

Incluso las mujeres y los jóvenes que tradicionalmente asumían tareas peores/inferiores, ya no lo hacen por la gran incorporación de la mujer al

⁸ SASSEN, S.; Territorio, autoridad y derechos. Katz Editores. Madrid. 2010, pp. 368-369.

⁹ AJA, E.; Inmigración y..., op. cit., p. 29.

¹⁰<http://www.zoomnews.es/actualidad/espana/casi-400000-espanoles-han-emigrado-otros-paises-crisis>

mercado de trabajo y por la extensión de los estudios en el caso de los jóvenes. En este contexto, la inmigración en vez de corregir la desigualdad mundial, tiende a perpetuarla.¹¹

1.1.2. Ciudadanía, Nacionalidad y Extranjería

Una de las construcciones más modernas y emblemáticas de los derechos es la ciudadanía. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece en su art. 20 que “se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado Miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.¹²

Y dentro del concepto de ciudadano de la Unión Europea, se refiere al “conjunto de derechos y libertades que gozan en el ámbito de la Unión Europea los nacionales de sus Estados Miembros”¹³

El ciudadano como individuo ostenta una serie de derechos particulares que no pueden generalizarse en otro tipo de sujetos. El significado históricamente condicionado de la institución de la ciudadanía, hace posible que una entidad tan formalizada pueda acomodarse o responder a los cambios sin sacrificar su estatus formal.¹⁴

La evolución de las entidades políticas en la línea de formación del Estado, otorga a la ciudadanía su carácter absolutamente formalizado e institucionalizado, así como transformar a la nacionalidad en un componente esencial de ésta. Hoy día, tanto la ciudadanía como la nacionalidad se refieren al Estado nacional. Ambos identifican el estatus legal de un individuo según su pertenencia al Estado, pero la ciudadanía se limita en gran parte a la dimensión

¹¹ AJA, E.; Inmigración y..., op. cit., p. 29.

¹² Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, consolidado según Tratado de Lisboa) Tratado de 13 de diciembre de 2007.

¹³ ESPINAR VICENTE, J. M.; La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español. Civitas. Madrid. 1994, p. 34.

¹⁴ SASSEN, S.; Territorio..., p. 349.

nacional, mientras que la nacionalidad se encuadra en la dimensión jurídica internacional dentro de un contexto interestatal.¹⁵

En el Derecho Internacional clásico, la nacionalidad y la extranjería eran categorías jurídicas que pertenecían al ámbito de la soberanía del Estado. Cada Estado establecía los criterios que permitían obtener la nacionalidad de un determinado país, al igual que determinaban la condición de extranjero. Se era nacional o extranjero en función del cumplimiento de unos requisitos¹⁶.

Nacionalidad y ciudadanía no son sinónimos, si bien ambas están bajo los efectos que origina la globalización, que, en la extranjería y en el fenómeno migratorio, produce una mundialización de la migración, caracterizada por intención de permanencia en el país de destino¹⁷.

Actualmente, la inmigración de Europa ha traído consigo cambios sustanciales pues la nacionalidad continúa siendo terreno acotado por la soberanía de cada Estado Miembro de la Unión Europea. Y actúa, sin duda, positivamente en los países occidentales¹⁸.

La posición del inmigrante se desliga, en cierta medida, del concepto de extranjero, ya que la nacionalidad puede incluir la libertad de circulación. Así, los extranjeros según pertenezcan a un Estado regido por las normas del Derecho de la Unión Europea, no tendrán esta condición diferenciadora a efectos laborales. En este sentido, los inmigrantes, a diferencia de los nacionales de un Estado de la Unión, no podrán circular por el mercado laboral

¹⁵SASSEN, S.; Territorio..., op. cit., p. 354.

¹⁶ RAMOS QUINTANA, M. I.; "Trabajadores extranjeros e integración social". Temas Laborales, n. 54/2000, p. 8.

¹⁷HIPÓLITO-VICENTE GRANERO SÁNCHEZ. El presente es una reelaboración del trabajo presentado en Abril del año 2.011, en el seno del "Master en Migraciones Internacionales y Extranjería", organizado por el Consejo General de la Abogacía Española y reconocido por la Universidad Europea de Madrid. 1ª edición 2.010 - 2011. XXIII ENCUENTRO DE LA ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO. LLEIDA. JUNIO 2013. 1 GLOBALIZACIÓN, NACIONALIDAD, EXTRANJERÍA Y CIUDADANÍA EUROPEA

¹⁸ RAMOS QUINTANA, M. I.; "Trabajadores extranjeros...", op. cit., p. 8.

si no se encuentran autorizados para ello, en virtud de los imperativos del referido mercado laboral¹⁹.

1.1.3. Extranjero

Según el diccionario de la Real Academia Española, la definición de extranjero contiene diferentes acepciones, el “Que es o viene de país de otra soberanía”; el “Natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra”. Teniendo en cuenta estos conceptos, se podría definir la extranjería como, “Cualidad y condición que por las leyes corresponden al extranjero residente en un país, mientras no está naturalizado en él” y también, “sistema o conjunto de normas reguladoras de la condición, los actos y los intereses de los extranjeros en un país”²⁰.

Otros significados del término pueden ser, “es extranjera la persona que no forma parte de la comunidad nacional de los españoles”²¹.

En el mismo sentido, se expresa la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos no nacionales del país en que viven, al contemplar al extranjero como el no nacional del Estado en el que se encuentre²².

A diferencia de la nacionalidad que permite identificar a la persona como miembro de una población o de un Estado²³, la cual “define el vínculo que liga a cada individuo con un determinado Estado...constituye el instrumento operativo básico para garantizar la protección de los derechos y libertades de la persona”²⁴, lo que implica la plenitud de derechos y la igualdad jurídica dentro del estado del que se es nacional²⁵.

¹⁹BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Bomarzo. Albacete. 2009, p. 16.

²⁰Definición del diccionario de la Real Academia Española (RAE).

²¹AA.VV.; ADROHER BIOSCA, S. y PILAR CHARRO BAENA, P. (Coords.); La inmigración. Derecho español e internacional. Bosch. Barcelona. 1995, p. 19.

²²Art. 1. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos no nacionales del país en que viven; “Para los fines de la presente Declaración, el término "extranjero" se aplicará, teniendo debidamente en cuenta las especificaciones que figuran en los artículos siguientes, a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre.”

²³RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.; Lecciones de derecho internacional público. Tecnos. Madrid. 2000, p. 349.

²⁴ESPINAR VICENTE, J. M.; La nacionalidad y la extranjería..., op. cit., p. 33.

²⁵Art. 14 CE “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

En cambio, el extranjero no ostenta esa igualdad²⁶. Y dependiendo de la nacionalidad estarán sujetos a un régimen jurídico concreto, puesto que “la extranjería supone una situación diferencial en cuanto al goce de derechos respecto de los nacionales de una determinada comunidad política”²⁷.

Para la legislación española es extranjero el que carece de la nacionalidad española, que se adquiere de acuerdo al art. 11 de la CE²⁸ y al art. 17 del Código Civil, (en adelante CC)²⁹.

Así, será extranjero el que tiene otra nacionalidad y el que carece de nacionalidad alguna, es decir, apátrida.

Desde un punto de vista laboral, se considera trabajador extranjero a toda persona física que pretenda ejercer o ejerza una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, en España.

Si consideramos de importancia la diferenciación entre inmigrante y extranjero, autores como VALDUEZA BLANCO expone que, “aunque todo inmigrante es un extranjero no todo extranjero es un inmigrante”.³⁰

²⁶Art. 13.1 CE “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

²⁷AA.VV.; ADROHER BIOSCA, S. y PILAR CHARRO BAENA, P. (Coords.); La inmigración..., op. cit., p. 21.

²⁸Art. 11 CE. “1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.”

²⁹Art. 17 CC. “1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. 2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.”

³⁰VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento jurídico de los extranjeros en España. Lex nova. Valladolid. 2008, p. 33

También esa misma diferenciación entre inmigrante y extranjero establece RAMOS QUINTANA al considerar que, “el nexo existente entre migración y trabajo contribuye a distinguir claramente la noción “extranjero” (identificado como el no nacional, reducida esta noción, por tanto, al plano de lo político) e “inmigrante” (extranjero que se desplaza para la búsqueda de trabajo, noción por tanto, que incorpora un contenido o carga social)”³¹.

En el mismo sentido, POLO SÁNCHEZ afirma que “aun siendo conscientes de las notables divergencias que separan a las expresiones *trabajadores inmigrantes* y *trabajadores extranjeros*”, y decide prescindir de las notas diferenciadoras y utilizarlas de forma indiscriminada. Asimismo argumenta que, mientras el inmigrante se dirige a otro país con la intención de estancia temporal y regresar a su país, dentro del concepto de extranjero se podría incluir por ejemplo, al turista, a diplomáticos y a trabajadores fronterizos³².

Si consideráramos esta afirmación, el inmigrante sería siempre extranjero porque se desplazará de un país a otro, principalmente en busca de trabajo.

En virtud de nuestra legislación vigente, el trabajador extranjero debe contar como regla general con las correspondientes autorizaciones de entrada, estancia y trabajo.

Pero desde la perspectiva laboral, y por la ratio de nuestro trabajo, resulta necesario distinguir los grupos entre los que podemos diferenciar a las personas según su procedencia y que analizaremos más adelante.

³¹ RAMOS QUINTANA, M. I.; El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: las situaciones administrativas y posición jurídica. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, p. 493.

³² POLO SÁNCHEZ, M^a C.; Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España. Consejo Económico y Social. Madrid. 1994, p. 41.

1.1.4. Concepto de trabajador y de relación de trabajo

El objeto del Derecho del Trabajo consiste en la ordenación de las relaciones jurídicas surgidas con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero, también denominado empleador³³.

Estas son, precisamente, las notas características recogidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores que señala que, “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

En consecuencia, el extranjero en cuanto sea trabajador, es decir, reúna las notas esenciales citadas con anterioridad, se encontrará sujeto al Derecho del Trabajo y la integración social del trabajador migrante que se traslada de un país a otro en busca de trabajo requiere de cohesión social. El reconocimiento y efectivo disfrute de los derechos laborales y sociales es tan importante que llega a condicionar el verdadero goce de los demás derechos y libertades.³⁴

El concepto de trabajador es una presunción *iuris tantum*, por lo que si reúne las características establecidas en el art. 1.1 del ET, será considerado trabajador, y entre éste y el empleador habrá una relación laboral. Con independencia de que exista un contrato de trabajo, entendido como el papel físico que contempla las condiciones pactadas y firmadas.

Ese será el tema de interés en este trabajo, la existencia de relación laboral derivada de la condición de trabajador que se presume en el ET, aunque no

³³ El artículo 1 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 se considera clave a los efectos de determinar el concepto de trabajador, pues en el mismo «se agrupan, por vez primera, los tres presupuestos sustantivos de la relación laboral, a saber, la dependencia, la ajenidad la remunerabilidad». DE LA VILLA GIL, L.E., “El Concepto de Trabajador”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100/2000. Aranzadi. Navarra, p. 40.

³⁴ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 16.

exista contrato. Pues la normativa de extranjería no define quien es trabajador, por lo que se debe acudir a la legislación nacional como referente.

2.2. Las situaciones administrativas del inmigrante

2.2.1. Inmigrante en situación regular vs irregular

El inmigrante se encontrará en situación regular cuando se encuentre en posesión de las autorizaciones necesarias que exige la ley ³⁵.

A contrario sensu, el inmigrante se encontrará en situación irregular cuando carezca de la autorización administrativa para residir en nuestro país.

Al hilo de lo expuesto, el extranjero que carezca de la autorización se encontrará en situación ilegal-irregular.

2.2.2. Inmigrante en situación irregular vs ilegal

El término ilegal o situación de ilegalidad aparecía en la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España³⁶ (en adelante LO 7/85), tanto en el preámbulo³⁷, como en su articulado³⁸, por lo que si el extranjero entraba ilegalmente en nuestro país se calificaba de “ilegal”.

³⁵Art. 25.1 LO 7/1985 Requisitos para la entrada en territorio español. “El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.”

Art. 36.1 LO 7/1985 “Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar. Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado.”

³⁶ Vigente hasta el 1 de febrero de 2000. BOE de 3 de julio.

³⁷“Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones.”

Pero tanto si hablamos de ilegal como de irregular, nos estaremos refiriendo a un trabajador extranjero, (nacional de un Estado donde no se aplica el Derecho de la Unión) que reside o trabaja sin las correspondientes autorizaciones administrativas³⁹ necesarias para ello, que debería ser calificado como irregular por el simple hecho de que el término ilegal no debe ir unido al concepto de persona.

La inmigración irregular se presenta en todos los países desarrollados, producto de políticas migratorias restrictivas. Fenómeno que supone un problema que deriva negativamente en el mercado de trabajo, no siendo el empleo ilegal de trabajadores migrantes, en algunos países, una circunstancia temporal⁴⁰.

La cuestión terminológica ha sido objeto de discusión. El término “ilegal” se encuentra muy extendido entre los medios de comunicación, la doctrina judicial⁴¹ y laboristas⁴² e, incluso, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

³⁸Art. 6, 7, 8,9, 10 y 18 LO 7/1985, de 1 de Julio “...los extranjeros que se encuentren legalmente...” o “...los extranjeros que se hallen legalmente...”

Art. 11.4 LO 7/1985, de 1 de Julio “Se considera ilegal toda forma de entrada en el territorio nacional en la que no concurren las circunstancias descritas, salvo lo previsto en el número 4 del artículo siguiente.”

Art. 25 LO 7/1985, de 1 de Julio, “...situación ilegal de extranjeros...”

Art. 26 LO 7/195, de 1 de julio, “Encontrarse ilegalmente en territorio español...”

³⁹Art. 15.1 LO 7/1985, de 1 de Julio, Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que tendrá una duración máxima de cinco años.”

⁴⁰MARIN MARIN, J. y GALLEGU MOYA, F.; El trabajo de los inmigrantes extranjeros irregulares. Un estudio jurisprudencial. Bomarzo. Albacete. 2005, p. 9.

⁴¹ La expresión “inmigrantes ilegales” aparece en el Auto del TS de 9.9.2010 nº rec. 379/2010, JUR 2010\353949. “La sentencia recurrida ha desestimado la pretensión remitiéndose básicamente la doctrina unificada que niega el derecho a la protección por desempleo a los inmigrantes ilegales...”

⁴²MONTOYA MELGAR, A.; El empleo ilegal de inmigrantes. Civitas. Navarra. 2007, pp. 22 y ss.”...inmigrante ilegal al del legal (aunque la terminología más correcta sea la que alude a inmigrantes en situación legal y en situación ilegal,...)”. En el mismo sentido AMAADACHOU KADDUR, F.; “Tratamiento jurídico de la inmigración ilegal en España”. Aranzadi Social nº 2/2011, Aranzadi. Pamplona. 2011.

social (en adelante LO 4/2000)⁴³, en su primera redacción hace referencia en el artículo 59.1 a la inmigración “ilegal”⁴⁴.

Son muchos los que califican este término como “aberración jurídica”, a pesar de que la expresión “inmigrantes ilegales” sea de los más socorrido para aludir a los inmigrantes irregulares, es decir, aquellos que por no cumplir o por no poder cumplir con la normativa vigente de extranjería no ostentan el estatus jurídico de residente legal, por lo que se encontraría en situación administrativa irregular⁴⁵.

Una razón puede ser que al entender que entran de forma ilegal, tendemos a calificarlos de ilegales, especialmente por el mal uso que hacemos del lenguaje, lo que conlleva una idea equivocada en la sociedad que se traduce en que el inmigrante no está en situación irregular sino que es ilegal.⁴⁶

KAHALE CARRILLO se refiere a los inmigrantes ilegales como, “los que a pesar de los controles de los flujos migratorios realizados por el Estado, acceden al país que se destinan, esquivando los controles administrativos, con el fin de intentar efectuar actividades laborales para su sustento.”⁴⁷

⁴³ BOE de 11 de enero de 2000.

⁴⁴Art. 55 LO 4/2000 (art. 59.1 LO 8/2000 de reforma) “1. El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.”

⁴⁵LEX NOVA; “IV. Inmigrantes ilegales:...” , op. cit., p. 2.

⁴⁶LEX NOVA; “IV. Inmigrantes ilegales:...” , op. cit., p. 6. Para ello sólo tenemos que prestar atención a documentos procedentes de medios de comunicación. Pues en una misma noticia podemos encontrar conceptos tan dispares como “inmigrantes irregulares”, “sin papeles”, “indocumentados”, “clandestinos”, “ilegales”, etc. España refuerza su presencia militar en África contra la inmigración ilegal”, <http://www.abc.es/espana/20150504/abci-ejercito-africa-inmigracion-201505031657.html>. “Muere un inmigrante clandestino oculto en un camión en el eurotúnel”, <http://www.abc.es/internacional/20150707/abci-eurotunel-muere-inmigrante-clandestino-201507071108.html>. “Francia intensifica las expulsiones de “sin papeles” y crea más plazas de asilo”, <http://www.abc.es/internacional/20150707/abci-eurotunel-muere-inmigrante-clandestino-201507071108.html>. “Los inmigrantes indocumentados en España recibirán 1.600 euros a cambio de abandonar el país”, <http://europauniversal.blogspot.com.es/2013/04/los-inmigrantes-indocumentados-en.html>

⁴⁷ KAHALE CARRILLO, D. T.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales” n. 6/2004. Aranzadi. Pamplona. 2004, p. 2.

Aun así, ¿se puede considerar que un ser humano es ilegal por el hecho de carecer de unos requisitos administrativos? Parece que si lo que hace a un extranjero estar en situación irregular es la carencia de la correspondiente autorización administrativa, lo más correcto sería darle la calificación de irregular en lugar de ilegal.

Pues ¿es posible concebir la existencia de niños legales e ilegales? Esta concepción estaría más cerca de lo inhumano que considerarlo antijurídico⁴⁸.

Para empezar a considerar y acostumbrarnos a hablar de extranjero regular o irregular, tendría que desaparecer de las normativas sobre extranjería cualquier referencia a legalidad e ilegalidad. Así, se tendría que hablar de extranjero que entra en un país de forma regular o irregularmente, y empezaríamos a tratarlo como una persona que entra y se mantiene en el país sin los requisitos necesarios, que es al fin y al cabo, lo que significa encontrarse en situación regular o irregular⁴⁹.

Porque con la denominación de ilegales hay quienes incluso llegan a pensar que éstos son portadores de desgracias y problemas. Que son pocas las salidas que tiene el inmigrante ilegal, por lo que las conductas delictivas podrían aparecer de forma rápida⁵⁰.

Por todos los profesionales de las diferentes ramas es conocido el principio que reza, *grosso modo*, que ningún inmigrante es ilegal. Las personas no pueden ser consideradas ilegales, solamente sus actos pueden ser calificados como

⁴⁸LEX NOVA; "IV. Inmigrantes ilegales:...", op. cit., p. 2.

⁴⁹Art. 25.1 LO 7/1985 Requisitos para la entrada en territorio español. "El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios."

⁵⁰AA.VV.; ASENSI SABATER, J. (Dir.); Comentarios a la Ley de extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Edijus. 2001. Zaragoza, p. 40.

ilegales. Estamos ante un principio que debería considerarse irrefutable, un dogma, aunque carezca del valor absoluto que le correspondería poseer⁵¹.

En este contexto, la consecuencia de tratar a los inmigrantes como ilegales sería su criminalización directa. Se entiende al inmigrante como responsable de la vulneración del ordenamiento jurídico, de una conducta delictiva hacia el ordenamiento y la sociedad, en vez de una sanción administrativa⁵². Y hablamos de sanción administrativa porque la LOEx considera la estancia irregular en nuestro país como una infracción grave.⁵³

En las políticas públicas sobre inmigración incide la racionalidad excluyente y represiva, con la vuelta al concepto de “peligrosidad” social, que se traduce en una negación de derechos básicos y objeto de formas de control represivo, estableciéndose mecanismos de expulsión por el simple hecho de la irregularidad administrativa, esto es, de ser un “inmigrante ilegal”, por el simple hecho de pertenecer a un colectivo que tienen a ser “desposeídos” en las estructuras jerarquizadas de nuestras sociedades. Y se criminaliza a las personas inmigradas en situación irregular, indocumentados o “sin papeles” (infra-grupo social), con la atribución de un estado similar al de delincuente, que es tratado desde la “enemistad absoluta”, y como enemigo para el orden público.⁵⁴

2.2.3. La situación administrativa especial de la inmigrante irregular víctima de violencia de género

La mujer extranjera en situación regular, además del estatuto jurídico de derechos sociolaborales, si es víctima de violencia de género, puede beneficiarse del conjunto de medidas previstas por la Ley Orgánica 1/2004, de

⁵¹LEX NOVA; “IV. Inmigrantes ilegales:...”, op. cit., p. 2.

⁵²LEX NOVA; “IV. Inmigrantes ilegales:...”, op. cit., p. 3.

⁵³ Art. 53.1.a) LO 4/2000. (el art. Sigue siendo igual en la LO 8/2000 y en la LO 2/2009)

⁵⁴MONEREO PÉREZ, J. L.; “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería nº 34/2013 parte Art. Lex Nova. Valladolid. 2013, p. 7.

28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵⁵ y demás normas sobre de protección social.

Sin embargo, el problema no es de este colectivo sino de otro más vulnerable: las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y en situación irregular y, en tal situación, que prestaciones podrán solicitar en virtud de la Ley específica, y la Renta Activa de Inserción (RAI) que se concede y gestiona por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE).

La LO 4/2000 ha pasado de no hacer referencia expresa a esta cuestión, a contemplar en la última reforma de 2009 de forma explícita las necesidades de este colectivo.

La reforma por la LO 14/2003 no hacía referencia a la situación de las mujeres extranjeras víctimas de la violencia de género, pero sí contemplaba la posibilidad de conceder la residencia temporal sin necesidad de visado a una extranjera irregular, basado en razones humanitarias⁵⁶.

La autorización de residencia temporal por razones humanitarias fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 2393/2004⁵⁷, que establecía la concesión de la misma “a los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4^a, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos.”⁵⁸

⁵⁵ BOE de 29 de diciembre de 2004. En adelante LOVG.

⁵⁶ Art. 31.3 LOEx 14/2003. “3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.”

⁵⁷ de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 7 de enero de 2005.

⁵⁸ Art. 41. 4 a) RD 2393/2004

También contemplaba que, “en los supuestos de solicitudes presentadas por las víctimas de los delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, los interesados podrán presentar la solicitud cuando se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección, y podrá concederse la autorización de residencia una vez que haya recaído sentencia por los delitos de que se trate.”⁵⁹

Podemos observar que en el desarrollo reglamentario sí se menciona expresamente la violencia doméstica.

En este contexto, y a pesar de los pequeños avances en la legislación sobre el tema, si la mujer inmigrante irregular, víctima de violencia de género, acudía a denunciar tal situación, se le podía abrir un procedimiento sancionador de expulsión por infracción grave al encontrarse en nuestro país irregularmente⁶⁰.

Así, prevalecía la condición de extranjera sobre la de mujer maltratada⁶¹

La gravedad de esta situación llevó a la Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.

Establecía en su primer apartado que:

“Con carácter prioritario se prestará a la denunciante las medidas de asistencia y protección que por su propia situación fueren necesarias o pudiese demandar, tramitándose las correspondientes diligencias policiales dirigidas a la Autoridad Judicial por la infracción penal denunciada.”

⁵⁹ Art. 46. 3 RD 2393/2004

⁶⁰ Art. 53.1 a) LOEx y arts. 130 y ss. RD 2393/2004

⁶¹ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Mujeres inmigrantes: la doble discriminación”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 12. Lex Nova. Valladolid. 2006.

En estos casos se incluía la protección sanitaria en supuesto de violencia, con independencia de lo dispuesto en el art. 12 de la LOEx relativa a la asistencia sanitaria a extranjeros⁶²

Y también contemplaba la obligación de informar a la víctima, “de forma clara y accesible, del derecho que le asiste a solicitar a la Autoridad Judicial la adopción de alguna o algunas de las medidas de protección o seguridad que la legislación contempla, entre ellas, la orden de protección, a cuyo fin se cumplimentará el modelo de dicha solicitud. También se le informará de su derecho a solicitar la autorización de residencia temporal tan pronto como le sea concedida dicha medida por el Juez.”

Es decir, de una parte establecía que si la mujer extranjera irregular que había denunciado, obtenía una orden de protección, quedaba en suspenso la orden de expulsión y podía obtener una autorización de residencia. Por otro lado, seguía vigente la posibilidad de sanción, en este caso económica, como multa por encontrarse en situación irregular⁶³

Actualmente y con la última reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre⁶⁴, se contempla que:

1. “Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

⁶²RUBIO DE MEDINA, M. D.; Prestaciones sociales para mujeres extranjeras irregulares víctimas de violencia de género. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores, Laborum, Murcia, 2010, p. 168.

⁶³TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Tratamiento jurídico-legal de la mujer extranjera víctima de violencia de género en la reformada Ley Orgánica 4/2000: sentido, alcance y medidas jurídicas-socioprotectoras. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Bomarzo. Albacete. 2010, pp. 189 y ss.

⁶⁴ De reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 12 de diciembre de 2009

2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera. La autorización provisional eventualmente concedida concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria, se notificará a la interesada la concesión de la residencia temporal y de trabajo solicitada. En el supuesto de que no se hubiera solicitado, se le informará de la posibilidad de conceder a su favor una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales otorgándole un plazo para su solicitud.

Cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido.”⁶⁵

De este nuevo artículo podemos extraer algunas reflexiones.

- La primera y principal es que el precepto está destinado en exclusiva a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, con lo cual, otras situaciones, por muy análogas y similares que sean sus

⁶⁵ Art. 31 bis LOEx

necesidades de protección, no están expresamente contempladas en el mismo.⁶⁶

En consecuencia, no hace referencia ni al sexo masculino ni a menores; surgiendo también dudas respecto a las extranjeras menores de 18 años víctimas de violencia de género. Aunque para los menores de edad, existen disposiciones específicas como lo dispuesto en el artículo 12 apartado 3 de la LOEx⁶⁷ relativo a la asistencia sanitaria de los menores de edad.⁶⁸

El dato a destacar es que se refiere a todas las mujeres extranjeras, con independencia de su condición administrativa. Con lo cual, insta a que éstas denuncien en el supuesto de violencia de género y así obtener la protección que dispensa en estos casos la LOVG.

- Y otra cuestión importante es la regulación de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para la víctima de violencia de género.

Una autorización de trabajo que supone la posibilidad de desarrollar una actividad laboral (primero circunstancialmente a la espera de la resolución definitiva del caso y, posteriormente, por motivos excepcionales), como una concreta política activa de empleo destinada al conjunto de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Co ello no sólo se impulsa el acceso regular al mercado laboral de un colectivo vulnerable de exclusión, sino también una inclusión social fundamental para la adaptación a la sociedad donde se encuentran, en igualdad de oportunidades.⁶⁹

En el mismo texto normativo se hace referencia de nuevo a este importante problema existente en cualquier sociedad, al establecer que no se tendrá en

⁶⁶ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.; La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada. 2010, pp. 425 y ss.

⁶⁷ Art. 13. 2. LOEx “Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”

⁶⁸ RUBIO DE MEDINA, M. D.; Prestaciones sociales para mujeres..., op. cit., p. 168.

⁶⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Tratamiento jurídico-legal de la mujer..., op. cit., pp. 189 y ss.

cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o trata de seres humanos⁷⁰.

Al hilo de lo anterior, y para dar un poco de claridad al tema en cuestión, debemos acudir al Real Decreto 557/2011, de 20 de abril⁷¹, que desarrolla la Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, al que dedica el Capítulo II.

Así, en relación al expediente sancionador, si no se hubiera iniciado en el momento de presentación de la denuncia, se pospondrá la incoación de éste, a la finalización del proceso penal. Y se le deberá informar de forma inmediata de las posibilidades que le asisten, así como el amparo de la LOVG⁷².

Podrá solicitar, ante la Oficina de Extranjería, una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, ella misma o por medio de representante, desde el momento en que se haya dictado una orden de protección a su favor o emitido informe del Ministerio Fiscal en el que se establezca la existencia de indicios de violencia de género⁷³.

Una vez presentada la solicitud, la mujer extranjera podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad, o de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales en caso de hijos mayores de dieciséis años, siempre que se encuentren en nuestro país⁷⁴. La tramitación de estas solicitudes tendrá carácter preferente⁷⁵.

⁷⁰ Art. 40 j) LOEx

⁷¹ Por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE de 30 de abril de 2011. En adelante RD 557/2011

⁷² Art. 131 RD 557/2011

⁷³ Art. 132. 1 RD 557/2011

⁷⁴ Art. 132. 2 RD 557/2011

⁷⁵ Art. 132. 3 RD 557/2011

Concedida la autorización, tanto la autorización provisional de la mujer extranjera como la de los hijos mayores de dieciséis años, posibilitará a trabajar por cuenta propia o ajena⁷⁶.

La autorización tendrá eficacia desde el momento de la concesión pero la vigencia estará condicionada a la concesión o denegación de la autorización definitiva⁷⁷.

En el plazo de un mes desde su concesión, la titular de la autorización deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Ésta tarjeta hará constar que está autorizada para residir y trabajar en España, tendrá una vigencia anual pero en ella no constará su carácter provisional ni la condición de víctima de violencia de género⁷⁸.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno que haya concedido la autorización provisional, deberá informar de ello a la autoridad judicial que esté conociendo del proceso penal⁷⁹.

Respecto a la protección social además de residencia temporal, también pueden solicitarse autorizaciones de residencia y trabajo desde el momento en que se dicta la orden de protección, pudiéndose conceder permisos provisionales.

2.3. Tipología de trabajadores extranjeros

Desde un punto de vista laboral, es necesario distinguir entre cuatro grandes grupos de personas:

⁷⁶ Art. 133. 2 RD 557/2011

⁷⁷ Art. 133. 3 RD 557/2011

⁷⁸ Art. 133. 4 RD 557/2011

⁷⁹ Art. 133. 5 RD 557/2011

a) Trabajadores comunitarios, los cuales no deben considerarse trabajadores extranjeros en sentido jurídico estricto aunque carezcan de la nacionalidad española. La construcción europea, el mercado común y el Derecho comunitario se asienta sobre el principio de libre circulación, que les garantiza igualdad de derechos y, especialmente, el acceso al empleo en las mismas condiciones que los españoles⁸⁰.

Los trabajadores comunitarios se rigen por las normas de la Unión Europea sobre libre circulación, siendo de aplicación la legislación española de extranjería en lo que pudiera serles más favorable.⁸¹

b) Trabajadores asimilados a comunitarios, serían los trabajadores extranjeros que proceden de “terceros países” pero a los que se le aplica el derecho de libre circulación por algún acuerdo con la Unión Europea (fundado en razones de proximidad geográfica, económica y cultural). El ejemplo más importante sería el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre los países de la Asociación Europea de Libre Comercio⁸².

c) Trabajadores no comunitarios pero en situación de desplazamiento temporal a España por decisión de una empresa establecida en un país miembro de la Unión Europea. Estos trabajadores no ostentan el derecho de libre circulación que poseen los trabajadores comunitarios, pero el derecho a la libre prestación de servicios de la empresa en el ámbito comunitario⁸³ puede conllevar una variación del régimen ordinario de exigencias para el trabajo según establece la jurisprudencia comunitaria.⁸⁴

d) Trabajadores extracomunitarios o de “terceros países”, que serán los trabajadores extranjeros en el sentido más estricto, y se encuentran sujetos a las reglas de control y restricción que existen en nuestra

⁸⁰OTROS.; “Extranjeros”. Practicum Social. Lex Nova. Valladolid. 2015, p. 2.

⁸¹Art. 1.3 LO 4/2000 y art. único de RD 557/2011.

⁸²OTROS.; “Extranjeros”..., op. cit., p. 2-3.

⁸³Art. 56 y ss TFUE.

⁸⁴OTROS.; “Extranjeros”..., op. cit., p. 3.

legislación sobre la materia⁸⁵. Como regla general, se les exige diferentes tipos de autorización según la circunstancia concreta. Así, tendríamos la autorización de entrada, la autorización de estancia o la autorización de residencia y trabajo que es conjunta.

Lo que caracteriza a la inmigración es el trabajador y su familia que, normalmente, proviene de un país en vías de desarrollo y con necesidades sociales agravadas por las diferencias entre las condiciones de su país y el nuestro. Así, el inmigrante será el trabajador extracomunitario o nacional de un tercer país que llega a España para mejorar laboral y socialmente, sobre todo, en busca de un futuro mejor para él y su familia.

La diferencia no solo busca conseguir una imagen sociológica más adecuada a la realidad, sino que pretende mostrar que la inmigración requiere atenciones distintas a la extranjería puesto que el trabajador extracomunitario o nacional de un tercer país, y su familia necesita un enfoque global, que no sólo contemple la documentación de extranjero sino las condiciones de trabajo, las necesidades de vivienda, escolarización de los hijos, aprendizaje del idioma, es decir, una normativa específica.⁸⁶

Como consecuencia de la citadas particularidades, este importante y amplio colectivo será el objeto de análisis más pormenorizado en este trabajo.

3. LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA EN EL MARCO NACIONAL E INTERNACIONAL

3.1. El extranjero en la CE y en la normativa de extranjería

El término “extranjero” ya aparece en nuestra norma suprema. El art. 13.1 de la Constitución Española de 1978 señala que “los extranjeros gozarán en

⁸⁵OTROS.; “Extranjeros”..., op. cit., p. 3.

⁸⁶AJA, E.; Inmigración y..., op. cit., p. 47.

España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”. Si aplicamos este precepto al art. 35.1, referido al derecho al trabajo, además de aludir a los españoles, permite hacer distinciones en razón de la nacionalidad en determinados derechos y libertades, excepto que medie Tratado o compromiso internacional que disponga otra cosa, o se reconociera igualdad de trato.⁸⁷

El TC entendió en su Sentencia 107/1984, de 3 de noviembre⁸⁸, que la distinción entre nacionales y extranjeros no supone la desaparición de la dimensión constitucional de los derechos y libertades del extranjero, pero sí de las posibilidades de su ejercicio puedan quedar supeditadas al régimen que se establezca por ley o por tratado internacional. De ahí que la ley pueda establecer, en consecuencia, las diferencias tanto de trato como de ejercicio de los citados derechos, exceptuando los que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, respecto de los cuales españoles y extranjeros deberán ser tratados en igualdad de condiciones por mandato constitucional⁸⁹.

La Constitución Española remite a la normativa específica de extranjería la configuración de los derechos de los extranjeros. La primera Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁹⁰, consideraba extranjeros a quienes carecieran de la nacionalidad española⁹¹ y en relación a los derechos y libertades el art. cuarto señalaba que, “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”.

⁸⁷OTROS.; “Extranjeros”..., op. cit., p. 8.

⁸⁸RTC 1984/107.

⁸⁹Véase Fº Jº cuarto. En el que hace clasificación tripartita por la cual, “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.”

⁹⁰BOE de 3 de julio de 1985. En adelante LO 7/1985

⁹¹ Art. 1.1. LO 7/1985

El disfrute de derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país, se mantienen en la posterior Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹², y por las sucesivas reformas efectuadas por la LO 8/2000, LO 14/2003 y por la LO 2/2009 con los correspondientes Reglamentos de desarrollo: Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985⁹³; el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre⁹⁴, derogado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹⁵, derogado a su vez por el vigente Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009⁹⁶.

3.1.1. Colectivos excluidos de las normas nacionales de extranjería

Si atendemos al artículo 2 de la LO 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas; los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España; y los

⁹²BOE de 12 de enero. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. En adelante LO 4/2000.

⁹³ BOE de 23 de febrero de 1996. Vigente hasta el 1 de agosto de 2001.

⁹⁴ BOE de 21 de julio de 2001. Vigente hasta el 30 de diciembre de 2004.

⁹⁵ BOE de 13 de junio de 2005. Vigente hasta el 30 de junio de 2011.

⁹⁶ BOE de 30 de abril de 2011.

funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares.

Tal y como expone el artículo, estarán exentos de la obligación de inscripción como tales, así como del requisito de la autorización de residencia.

3.1.2. Colectivos excluidos por normativa específica: Refugiados y apátridas

De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en relación a los Refugiados y Apátridas⁹⁷, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria⁹⁸, configura el asilo, reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución Española, como la protección dispensada por España a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de Refugiado de acuerdo con esta Ley, con la *Convención de Ginebra de 1951* y el *Protocolo de Nueva York de 1967*.

Conforme al art. 3 de la citada Ley, la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.

⁹⁷ www.mir.es

⁹⁸ BOE de 31 de octubre de 2009. Vigencia desde 20 de Noviembre de 2009. En adelante Ley 12/2009.

Asimismo, el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de la Ley de referencia⁹⁹.

La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España¹⁰⁰.

La mayoría de las personas pueden buscar de parte de sus gobiernos la garantía de que sus derechos básicos sean respetados así como asegurar su seguridad física. Pero en el caso de los refugiados, el país de origen ha probado ser incapaz o no muestra su disposición de proteger tales derechos. Así, la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) ha recibido el mandato de asegurar que los refugiados sean protegidos en el país de asilo, asistiendo a los gobiernos en la medida de lo posible a cumplir con esta tarea¹⁰¹.

Normalmente, un migrante abandona su país voluntariamente, en busca de una vida mejor. Para un refugiado, las condiciones económicas del país de asilo son menos importantes que su seguridad. En la práctica, la distinción puede

⁹⁹ Art. 4 Ley 12/2009.

¹⁰⁰ Art. 5 Ley 12/2009.

¹⁰¹ <http://www.acnur.org> <http://acnur.es>

ser, en ocasiones, difícil de establecer, pero es fundamental: un migrante disfruta de la protección del gobierno de su país de origen, el refugiado no¹⁰².

En el caso del apátrida, el derecho a una nacionalidad está ampliamente reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y constituye un estatuto del que pueden derivar otros derechos. El problema de la apátrida es especialmente serio en el antiguo bloque del Este, debido a los recientes e inesperados cambios. Sin embargo, está extendido por todas partes¹⁰³ y puede ser especialmente grave entre los hijos de parejas de origen distinto, o que han nacido en un país diferente al país de origen de sus padres, cuando no obtienen necesariamente la ciudadanía del lugar donde nacen. Al igual que los refugiados, los apátridas pueden ser obligados al exilio porque no pueden recibir una protección adecuada¹⁰⁴.

La Convención para reducir los casos de Apatridia¹⁰⁵ manifiesta que una persona no puede ser privada de su nacionalidad por razones de raza, etnia, religión o política; señala medidas para prevenir los casos de apatridia que pueden resultar de un traslado de territorio; y establece reglas para garantizar la nacionalidad a personas nacidas en un país, quienes de otra manera serían apátridas.

Conforme al art. 1 de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas¹⁰⁶ el término “apátrida” se designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación¹⁰⁷.

¹⁰² <http://www.acnur.org>

¹⁰³ Bidoons en Kuwait, minoría vietnamitas en Camboya, gitanos a lo largo de toda Europa Central.

¹⁰⁴ <http://www.acnur.org>

¹⁰⁵ Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954 Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18 Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15, 1961.

¹⁰⁶ Hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954. Instrumento de adhesión de España de 24 de abril de 1997. BOE de 4 de julio de 1997. Entrada en vigor de forma general el 6 de junio de 1960 y para España el 10 de agosto de 1997.

¹⁰⁷ <http://www.interior.gob.es>

3.2. El trabajador extranjero en la normativa de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰⁸ establece en su artículo 20 que “se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado Miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

Y dentro del concepto de ciudadano de la Unión Europea, se refiere al “conjunto de derechos y libertades que gozan en el ámbito de la Unión Europea los nacionales de sus Estados Miembros”¹⁰⁹. Ostentando la nacionalidad de un Estado Miembro, se le otorgará la ciudadanía de la Unión Europea.

La nacionalidad es el vínculo que liga al individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población de un Estado¹¹⁰. A los nacionales de Terceros Estados no se les aplica, pues, el derecho de la Unión.

Aunque se considera extranjero al sujeto que no es nacional, la normativa sobre extranjería en ciertas materias, como laborales y de Seguridad Social, debe subordinarse a las normas de la UE que ha asimilado ciudadanos bajo el ámbito de aplicación del derecho de la Unión y nacionales, excluyéndolos del concepto de extranjero que establece la LO 2/2009 en su art. 1.3¹¹¹: “los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”¹¹²

¹⁰⁸Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, consolidado según Tratado de Lisboa) Tratado de 13 diciembre 2007.

¹⁰⁹ESPINAR VICENTE, J. M.; La nacionalidad..., op. cit., p. 34.

¹¹⁰DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.; Instituciones de Derecho Internacional Público. Tomo I. Tecnos. Madrid. 2007, p. 608.

¹¹¹Redactado conforme a la LO 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 12 de diciembre de 2009.

¹¹²MARIN MARIN, J. y GALLEGU MOYA, F.; El trabajo de los inmigrantes..., op. cit., p. 13.

Así, una de las cuestiones más importantes a destacar será que los nacionales de un Estado Miembro de la Unión Europea, miembro de un Estado firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, del Acuerdo Schengen y nacional de Suiza, podrán circular y residir libremente por territorio de los Estados que lo componen¹¹³.

El Reglamento (CEE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, señalaba que la circulación se traduce en la capacidad de los ciudadanos europeos para desplazarse con facilidad y trabajar en otro Estado Miembro siendo ello uno de los cuatro principios fundamentales de libre circulación consagrados en los Tratados de la Unión Europea (UE)¹¹⁴.

La libre circulación de mano de obra beneficia a aquellos que deciden trabajar en otro lugar de la UE y a las sociedades de acogida. Permite a los primeros mejorar su situación personal y a las últimas cubrir vacantes y solventar la escasez de capacidades.

Del mismo modo que quien resida en un Estado Miembro posee el derecho de obtener un empleo remunerado en otro, los empresarios pueden publicar ofertas de empleo y acordar contratos con candidatos de toda la UE.

La presente legislación sustituye el Reglamento (CEE) nº 1612/68, modificado en diversas ocasiones y de forma sustancial desde su aprobación en octubre de 1968. Garantiza el buen funcionamiento del sistema mediante la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Miembros¹¹⁵.

¹¹³Art. 21 TFUE. “1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.”

¹¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l23013a>

¹¹⁵ En concreto prohíbe: los procedimientos especiales de contratación de mano de obra para extranjeros, y las limitaciones a la publicación de ofertas de empleo o la imposición de condiciones específicas como la de registrarse en las oficinas de empleo para aquellos que procedan de otro Estado Miembro. Del mismo modo, no resulta lícito establecer una discriminación entre trabajadores nacionales y de otros países de la UE en materia laboral con respecto a la retribución, el despido y la reintegración profesional o ventajas sociales y fiscales. Ambas categorías poseen el mismo acceso a los centros de formación y reorientación profesional. Se aplicará el mismo principio de admisión en los cursos de enseñanza general, de

En el mismo sentido, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹⁶, incorporada al derecho español por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo¹¹⁷, establece las condiciones para el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados Miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia¹¹⁸. Y será de aplicación al ciudadano de la Unión Europea que se traslade o resida en un Estado Miembro distinto de aquel Estado del que sea nacional, así como sus familiares¹¹⁹.

Por tanto, el ciudadano de un Estado en el que se aplica el Derecho de la Unión, gozará de un estatuto jurídico diferente del nacional y del extranjero, estando en un lugar intermedio¹²⁰.

En cambio, el extranjero que sea nacional de un tercer Estado o extracomunitario, necesitará de los correspondientes documentos acreditativos de la identidad (pasaporte, título de viaje, o documento nacional de

aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado a hijos de aquellos que estén o hayan estado empleados en otro Estado Miembro. La legislación abarca varios derechos sociales. Un empleado que trabaje en otro Estado Miembro tiene derecho a los mismos beneficios de acceso a la vivienda que los nacionales y puede inscribirse en las listas de solicitantes de viviendas en la región en la que esté empleado y donde se realicen tales listas. La única excepción al principio de no discriminación es lingüística. Los empresarios podrían precisar un trabajador que posea un dominio suficiente del idioma del país si este fuera necesario para el puesto de trabajo ofertado. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:I23013>

¹¹⁶De 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

¹¹⁷Disposición final primera.

¹¹⁸Art. 1 Directiva 2004/38/CE.

¹¹⁹Art. 3.1 Directiva 2004/38/CE.

¹²⁰ESPINAR VICENTE, J. M.; La nacionalidad..., op. cit., p. 55.

identidad)¹²¹, además del visado¹²² y de una autorización administrativa para poder residir y trabajar en España¹²³.

En definitiva, esas Directivas no se aplican a los inmigrantes.

3.3. El trabajador extranjero en la normativa internacional

Debemos destacar la existencia de un gran marco normativo Internacional que ha abordado el fenómeno de la inmigración y se ha preocupado de que los Estados se adapten a una política migratoria común.

La regulación que establezca cada Estado debe coordinarse con los Tratados y Convenios Internacionales¹²⁴.

En el ámbito Internacional, encontramos la duda de si existe el derecho a entrar en un país del que no se es nacional, y de algunos Tratados y Convenios Internacionales se deduce que necesitarán de una autorización administrativa para no encontrarse en situación de irregularidad¹²⁵.

Nuestro país forma parte de diversos tratados internacionales de derechos humanos que imponen obligaciones jurídicas respecto de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin atender a la nacionalidad, por lo que se podría entender incluidos a los extranjeros.¹²⁶

¹²¹Art. 5. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (en adelante RLOEX).

¹²²Art. 6.1 RLOEX "Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente."

¹²³Art. 36.1 L.O. 4/2000, reformada por L.O. 8/2000 y por L.O. 14/2003." Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar."

¹²⁴Art. 13.1 CE. "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley".

¹²⁵VALPUEZA BLANCO, M.D.; El tratamiento..., op. cit., p. 34.

¹²⁶SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social desde el punto de vista del derecho internacional. En AA.VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Extranjeros en España. Régimen jurídico. Laborum. Murcia. 2001, p. 39.

La definición de extranjero que establece nuestra legislación aparece en sentido negativo, por exclusión, el que no es nacional español. Pero no se incluyen en este grupo los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y los que se encuentren bajo la aplicación del Derecho de la Unión y que se regirán por la legislación de la Unión Europea¹²⁷. Resulta indispensable el respeto a la Constitución Española y a los Tratados y Pactos Internacionales. Así, en la regulación que se produzca en cada Estado, se debe respetar, en caso de ratificación, los mínimos internacionales establecidos en ellos, citando entre otros: La Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de los Derechos Económicos sociales y Culturales de 1966, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea de 1961¹²⁸.

El art. 3 de la LOEX¹²⁹ establece por un lado “como criterio interpretativo general” que los extranjeros ejercerán los derechos reconocidos por esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. Y, por otro, remite directamente a los Tratados suscritos por España.

¹²⁷Art. 1.3. LO4/2000 “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”

¹²⁸TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.; “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008” Aranzadi Social. n. 21. Pamplona. 2009, p. 2. MORENEO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”. Aranzadi Social n.º. 20/2009. Aranzadi. Pamplona. 2009, pp. 1-2.

¹²⁹Art. 3 LO 4/2000 “1.Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.”

Así, para garantizar esa igualdad tendremos que acudir primero a lo dispuesto por las normas internacionales¹³⁰.

Hay que destacar la importancia de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, pues como indica el artículo 3.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás Tratados Internacionales. Y España ha ratificado gran número de ellos, por lo que en virtud del art. 96.1 de la CE¹³¹, serán de aplicación en nuestro ordenamiento una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado. Estos convenios constituyen normas de derecho positivo y podrán ser alegadas por los particulares¹³².

El trato al extranjero se ha ido uniendo al desarrollo de los derechos humanos, siendo objeto de reconocimiento y protección a nivel internacional¹³³.

Los Convenios y Tratados Internacionales que analizaremos a continuación, reconocen unos derechos inalienables que corresponden a toda persona como tal y que no se pueden denegar a los extranjeros¹³⁴.

Debe tenerse en cuenta, en materia de relaciones de trabajo, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo¹³⁵, las declaraciones generales sobre derechos humanos, y concretamente las declaraciones sobre derechos sociales. Entre ellas, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950¹³⁶, la Carta Social Europea de

¹³⁰FERRER LLORET, J.; Derechos y libertades de los extranjeros. En AA.VV.; ASENSI SABATER, J. (Dir.); Comentarios a la Ley de Extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Edijus. Zaragoza. 2001, p. 61.

¹³¹Art. 96.1 CE. "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional."

¹³²FERRER LLORET, J.; Derechos y libertades de los extranjeros"... , op. cit., pp. 62-63.

¹³³SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.; La articulación e interpretación de los derechos de los extranjeros. En AA.VV.; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (Coord.); Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios). Librero Editor. Murcia. 2005, pp. 164-165.

¹³⁴CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (Coord.); Tratamiento jurídico de la inmigración. Bomarzo. Albacete. 2008, p. 31.

¹³⁵En adelante OIT.

¹³⁶En adelante CEDH

1961¹³⁷, ambos del Consejo de Europa; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales del mismo año, de la Organización de las Naciones Unidas; y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989¹³⁸.

Las normas sobre extranjería, además de estar en consonancia con la Constitución Española, debe respetar el mandato impuesto por nuestra norma suprema y por los citados Tratados y Pactos Internacionales. Entre otros, se debe respetar el mínimo establecido en: La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y La Carta Social Europea de 1961¹³⁹.

Así, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos crueles, denigrantes o inhumanos. Derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, color, idioma, religión, política, origen nacional y social, posición económica, o cualquier otra circunstancia. Y derecho a la seguridad de la persona, sin que nadie pueda ser arbitrariamente detenido.

Como expone SALADO OSUNA, en los Tratados de Derechos Humanos, los derechos y libertades se reconocen a toda persona, independientemente de la nacionalidad, y cualquier limitación o restricción por Ley, en la titularidad como en el ejercicio, excepto que el Tratado lo permita de forma expresa, puede ser considerada discriminatoria y, en consecuencia, incompatible con los Tratados de Derechos Humanos que obligan a España¹⁴⁰.

¹³⁷En adelante CSE

¹³⁸MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.; Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 2009, p. 123.

¹³⁹TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; "La construcción del nuevo paradigma...", op. cit., p. 2. En el mismo sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.; La articulación..., op. cit., p. 102.

¹⁴⁰SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades..., op. cit., p. 46.

3.3.1. Naciones Unidas

3.3.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁴¹ y los dos Pactos Internacionales, uno sobre los Derechos Civiles y Políticos y el otro relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, constituyen el conjunto esencial de derechos humanos¹⁴².

Los dos Pactos Internacionales de 1966, constituyen una fórmula obligatoria de la filosofía recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al señalar en su artículo 28 que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”¹⁴³.

Ya nuestra norma suprema, la Constitución Española de 1978, incluyó la referencia a esta Declaración Universal en su articulado declarando su carácter interpretativo¹⁴⁴.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 29.2¹⁴⁵ y el Pacto Internacional de Derechos económicos, civiles, sociales y culturales en el

¹⁴¹ En adelante DUDH.

¹⁴² ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F.; La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 Aniversario. Universidad de Deusto. Bilbao. 1997, p.41.

¹⁴³ JIMENA QUESADA, L.; Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007, p. 23.

¹⁴⁴ Art. 10.2 CE “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

¹⁴⁵ Art. 29 DUDH “2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

artículo 4¹⁴⁶, disponen que el ejercicio de los derechos en ellos garantizados pueden estar sujetos a limitaciones establecidas por ley si tiene por objeto el bienestar o asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás¹⁴⁷.

Así, el Estado¹⁴⁸ podrá determinar libremente la entrada o no de un extranjero en el territorio, así como las condiciones para acceder¹⁴⁹. Y cuando el extranjero se encuentra legalmente en un país, la cuestión cambia, ya que se ve amparado por un estándar jurídico internacional mayor¹⁵⁰.

La Declaración, en su Preámbulo, parte de la idea de que los derechos fundamentales tienen su base en la dignidad y en los derechos iguales e inalienables de todos los hombres, constituyendo ésta la aspiración más elevada del hombre¹⁵¹, reconociendo los derechos humanos considerados básicos, como la igualdad de derechos¹⁵², sin ningún tipo de discriminación¹⁵³, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad¹⁵⁴. Pretende otorgar derechos

¹⁴⁶ Art. 4 PIDESC “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

¹⁴⁷ Véase Antecedente 9º STC 22/1981, de 2 de julio, RTC/1981/22.

¹⁴⁸ En el mismo sentido la STC 72/2005, de 4 de abril de 2005, RTC/2005/72 que establece, en su Fº Jº 7º que, “A la misma conclusión conduce la regulación de la [Declaración Universal de los Derechos Humanos \(LEG 1948, 1\)](#) (a la que remite expresamente el art. 10.2 CE), que reconoce a todos el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el país propio –«toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país»– (art. 13); e, incluso, la regulación del Protocolo núm. 4 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#) (firmado, pero aún no ratificado por España), que también garantiza el derecho de quien se encuentre en situación regular en un Estado a circular libremente y a escoger su residencia, así como el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (art. 2) y el de no ser expulsado «del Estado del cual sea ciudadano» (art. 3.1); pero el derecho a entrar sólo se reconoce con respecto «al territorio del Estado del cual (se) sea ciudadano» (art. 3.2).”

¹⁴⁹ VALDUEZA BLANCO, M.D.; El tratamiento..., op. cit., p. 55.

¹⁵⁰ ESPINAR VICENTE, J.M.; La nacionalidad..., op. cit., p. 204.

¹⁵¹ KOJANEC, G.; La Carta Social Europea y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la “Carta Social Europea”. Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989, p. 111.

¹⁵² Art. 1 DUDH.

¹⁵³ Art. 2 DUDH.

¹⁵⁴ Art. 3 DUDH.

humanos a todas las personas sin ninguna distinción. Así lo expone en su artículo 1 cuando señala que, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos...”

Reconoce el derecho a obtener la tutela judicial de los órdenes jurisdiccionales como un derecho fundamental del inmigrante, con independencia de la situación administrativa, ya sea regular o irregular en que se encuentre la persona¹⁵⁵.

En su artículo 13.1 establece que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”; y el apartado 2 del mismo artículo 13 dispone que, “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país”.

Como vemos, en su articulado se establece el carácter universal del derecho al referirse a “toda persona”, sin establecer ningún presupuesto para la titularidad, aunque considera la posibilidad de estar sujeto a límites con el fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades y satisfacer las exigencias del orden público¹⁵⁶.

En relación a ello, la STC 72/2005, de 4 de abril de 2005¹⁵⁷ expone que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el propio país del que se es nacional¹⁵⁸.

En la misma línea, se muestra el artículo 14 de la Declaración que reconoce el derecho de asilo, cuando establece que, “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

¹⁵⁵Art. 10 DUDH “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

¹⁵⁶Art. 29.2 DUDH “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

¹⁵⁷RTC 2005/72.

¹⁵⁸Véase F.J. 7º

Derecho de asilo que, “no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”¹⁵⁹.

En esta Declaración se reconocen una serie de derechos como son los de Seguridad Social¹⁶⁰ y el derecho al trabajo en igualdad de condiciones¹⁶¹. En ella, se habla de “toda persona”, por lo que, en principio, podríamos entender que estamos ante una situación de igualdad de condiciones en dichas materias. El mencionado precepto reconoce el derecho a emigrar, pero cuestión distinta es el derecho a inmigrar, es decir, a ser permitida la entrada en un país del que no se tiene la nacionalidad, encontrándose textos normativos que se refieren expresamente a esta circunstancia, exigiendo la situación de legalidad o regularidad.

3.3.1.2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁶²

Los derechos civiles y políticos garantizan la esfera de la libertad del individuo frente al Estado y deben concretarse en derechos subjetivos de todas las personas, con el objeto de eliminar una posible injerencia indebida de los poderes públicos¹⁶³.

El artículo 2 del PIDCP establece que, la obligación de cada uno de los Estados Partes de respetar y garantizar a todos los individuos que se

¹⁵⁹ Art. 14.2 DUDH

¹⁶⁰ Art. 22 DUDH “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

¹⁶¹ Art. 23 DUDH “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

¹⁶² De 1966. En adelante PIDCP. Ratificado por España el 27 de abril de 1977.

¹⁶³ KOJANEC, G.; La Carta Social..., op. cit., p. 111.

encuentren en su territorio los derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Como vemos no hace diferenciación según procedencia o vinculación a un país, proclamando la igualdad de la que se hace eco la normativa internacional de Derechos Humanos. Se centra, pues, en el individuo como tal¹⁶⁴.

Y aunque el legislador español no se encuentre limitado a la hora de regular las libertades públicas de los extranjeros, los tratados internacionales pueden imponer un trato especial para los nacionales de Estados determinados. Límites que nacen de los arts. 13.1 y 10.2 de la Constitución y cuya existencia constata que España es uno de los países que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros, que vienen dados, en lo que a este caso respecta, por el PIDCP y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950¹⁶⁵, que autorizan al legislador nacional a establecer las restricciones necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás, añadiendo el Convenio de Roma la relativa a la prevención del delito¹⁶⁶.

De la regulación comprendida en el artículo 12¹⁶⁷ de dicho Pacto, se extrae que, al referirse a “toda persona” tendremos que incluir a los extranjeros como tales y así, los extranjeros que se hallen legalmente tienen el derecho de residir

¹⁶⁴Declaración Universal de los Derechos del Hombre hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE de 30 de abril de 1977; Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1966. BOE de 30 de abril de 1977; Convenio para la protección de los derechos Humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y con enmiendas por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y de 20 de enero de 1966. BOE de 10 de octubre de 1979 y la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. BOE de 26 de junio de 1980.

¹⁶⁵Ratificado por España el 10 de octubre de 1979.

¹⁶⁶STC 115/1987 de 7 de julio. RTC 1987/115. Voto Particular.

¹⁶⁷Art. 12.1 PIDCP “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.”

en España. Además, tal y como expone el artículo 13¹⁶⁸, “sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley;...”

Se reconocen los derechos fundamentales inherentes a la persona, a “todo individuo” (v.g., el derecho a la vida¹⁶⁹, a no ser sometidos a torturas¹⁷⁰..., entre otros.). Así, en su artículo 14 se establece el derecho a obtener la tutela judicial de los órdenes jurisdiccionales como un derecho fundamental del inmigrante, con independencia de la situación administrativa, ya sea regular o irregular en que se encuentre la persona.

No obstante, otro grupo de derechos quedan condicionados a la situación administrativa regular como, por ejemplo, el derecho a circular libremente¹⁷¹ y en supuestos de expulsión del territorio¹⁷².

En relación a ciertos derechos colectivos, al igual que el CEDH reconoce a “toda persona” el derecho a la “libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses¹⁷³; el PIDCP reconoce “el derecho de reunión pacífica”¹⁷⁴ y el derecho de toda persona “a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la

¹⁶⁸Art. 13 PIDCP “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”

¹⁶⁹Art. 6 PIDCP.

¹⁷⁰Art. 7 PIDCP.

¹⁷¹Art. 12.1 PIDCP “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.”

¹⁷²Art. 13 PIDCP.”El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

¹⁷³ Art. 11.1 CEDH.

¹⁷⁴ Art. 21.1 PIDCP.

protección de sus intereses”¹⁷⁵. No establece, por tanto, condiciones a los extranjeros para su ejercicio, sino que únicamente los sometía a las “restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”¹⁷⁶.

Debe señalarse, por último, que el PIDCP establece en el mismo precepto que “ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.”¹⁷⁷

3.3.1.3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷⁸

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Políticos¹⁷⁹ (en adelante PIDESC), tal y como expone en el Preámbulo, pretende crear unas “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.” Dispone en el artículo 2.2 que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁷⁵ Art. 22.1 PIDCP.

¹⁷⁶ Art. 21 PIDCP.

¹⁷⁷ Art. 22.3 PIDCP.

¹⁷⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

¹⁷⁹ En adelante PIDESC.

Hace una enumeración de los derechos socio-laborales que corresponden a la persona, estableciendo que cada país pueda determinar la forma en que serán de aplicación a los no nacionales¹⁸⁰.

En materia sindical, al igual que el PIDCP, el PIDESC establece que cada Estado debe garantizar “el derecho de toda persona” a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección¹⁸¹, por lo que entendemos que será un derecho, tanto en su titularidad como en el ejercicio, de todo extranjero sin atención a la nacionalidad.

Igualmente prevé la obligación de garantizar el derecho de huelga, de conformidad a las normas de cada Estado¹⁸².

En relación al derecho de libertad sindical, “nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la Ley en forma que menoscabe dichas garantías.”¹⁸³

Mientras la Carta Social Europea se orienta hacia los extranjeros o nacionales de las partes contratantes que “residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte Contratante interesada”¹⁸⁴, el PIDESC no limita el ámbito de aplicación personal al no contemplar la situación de regularidad o irregularidad¹⁸⁵.

¹⁸⁰Art. 2.3 del PIDESC, “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

¹⁸¹Art. 8.1 a) PIDESC

¹⁸²Art. 8.1 d) PIDESC

¹⁸³Art. 8.3 PIDESC

¹⁸⁴Anexo de la Carta Social Europea.

¹⁸⁵KOJANEC, G.; La Carta Social..., op. cit., p. 126.

3.3.2. Consejo de Europa

Se trata de una organización internacional ajena a la Unión Europea que se dedica a la educación, la cultura y, sobre todo, la defensa de los derechos humanos¹⁸⁶.

Además del Convenio Europeo de 1977, relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, dos de los tratados más importantes del Consejo de Europa son, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos¹⁸⁷ y La Carta Social Europea¹⁸⁸. Tales normas tienen el objetivo de reconocer, proteger y asegurar los derechos fundamentales del individuo.

3.3.2.1. El Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Migrante¹⁸⁹.

Su aprobación está en conexión, sobre todo, con la necesidad de regular la situación jurídica de los súbditos de los Estados Miembros del Consejo de Europa que decidieran abandonar su país con el objeto de realizar una actividad laboral en otro, y así, unificar criterios tanto para los trabajadores migrantes como para los nacionales del país receptor¹⁹⁰.

Se trata de uno de los convenios más representativo sobre reagrupación familiar¹⁹¹.

La particularidad de este convenio es su ámbito de exclusión mayor¹⁹², ya que no se aplica a los trabajadores fronterizos, artistas, personas que ejerzan profesión liberal, a los marinos, a los que realicen prácticas profesionales, trabajadores de temporada y a los trabajadores súbditos de una Parte

¹⁸⁶europa.eu/european_council/index_es.htm

¹⁸⁷De 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

¹⁸⁸Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, revisada en 1996.

¹⁸⁹Realizado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 en el Consejo de Europa, ratificado por España el 6 de mayo de 1980. BOE de 18 de Junio de 1983.

¹⁹⁰CEINOS SUAREZ, A.; El trabajo de los extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2006, pp. 107 y ss.

¹⁹¹SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades..., op. cit., pp. 50-51.

¹⁹²Art. 1.2 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.

Contratante por cuenta de una empresa cuya sede esté situada fuera del territorio de dicha Parte. Y como dato a tener en cuenta, se necesitará permiso de trabajo¹⁹³ y otro de residencia¹⁹⁴, para realizar la actividad laboral.

En relación a las condiciones de trabajo, el Convenio garantiza que “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.”¹⁹⁵ Con lo cual, el disfrute de tales derechos quedaría condicionado a la existencia de una situación administrativa regular.

En cambio, en materia de Seguridad Social, se garantiza a los trabajadores migrantes el mismo tratamiento que a los nacionales¹⁹⁶, e igual tratamiento si se trata de un accidente de trabajo y enfermedad profesional¹⁹⁷.

BALLESTER PASTOR, se basa tanto en este Convenio como en el Convenio nº 19 de la OIT, para garantizar la equiparación efectiva de los trabajadores extranjeros en materia de protección social derivada de riesgos profesionales

¹⁹³Art. 8.1 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante. “Cada Parte Contratante que admita a un trabajador migrante para que ocupe un empleo remunerado, le otorgará o renovará (salvo en caso de dispensa) un permiso de trabajo en las condiciones previstas en su legislación.”

¹⁹⁴Art. 9.1 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante. “Cada Parte Contratante otorgará, si su legislación nacional lo exige, un permiso de residencia a los trabajadores migrantes que hayan sido autorizados a ocupar un empleo remunerado en su territorio, de conformidad con las condiciones previstas en este Convenio.”

¹⁹⁵Art. 16 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.

¹⁹⁶Art. 18.1 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante. “En materia de seguridad social cada Parte Contratante se compromete a otorgar en su territorio, a los trabajadores migrantes, así como a los miembros de sus familias, el mismo tratamiento que a sus propios nacionales, sin perjuicio de las condiciones que requiera su legislación nacional y los acuerdos bilaterales y multilaterales ya concluidos o que sean concluidos entre las Partes Contratantes interesadas.”

¹⁹⁷Art. 20 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.

cualquiera que sea su residencia en España¹⁹⁸, siendo acogida esta teoría por la doctrina judicial¹⁹⁹.

En cambio, otras opiniones dudan de este argumento al considerar que el artículo 1.1 del Convenio de 1977, define al trabajador migrante como el autorizado a permanecer en el territorio²⁰⁰, “circunstancia ésta que no concurre, por definición, en el trabajador extranjero irregular.”²⁰¹

En materia sindical²⁰² y derechos de participación en la empresa²⁰³, se reconocen tales derechos “en las condiciones previstas en la legislación nacional para sus propios nacionales.”

3.3.2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

De la lectura del Preámbulo se desprende la intención de los Estados Miembros del Consejo de Europa de construir un sistema de protección de los Derechos Humanos²⁰⁴.

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”²⁰⁵.

¹⁹⁸BALLESTER PASTOR, M. A.; El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, pp. 50-51.

¹⁹⁹STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999. AS 1999/3206. Y más recientemente, las importantes SSTs de 9 de junio de 2003, 3940/2003 y de 7 de octubre de 2003, 6101/2003.

²⁰⁰Art. 1.1 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante. “Para el objeto de este Convenio, 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.”

²⁰¹RIVERA SÁNCHEZ, J.R.; “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular”. Aranzadi Laboral nº 1/2002. Aranzadi. Pamplona. 2001, p. 7.

²⁰²Art. 28 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.

²⁰³Art. 29 Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.

²⁰⁴GARCIA ROCA, J.; El Preámbulo contexto hermeneúutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo. En GARCIA ROCA, J y SANTOLAYA, P.; La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005, p. 22.

²⁰⁵Art. 1 CEDH

El Convenio tendrá por objeto proteger derechos y libertades de la persona como tal. Tales como el derecho a la vida²⁰⁶, derecho a la libertad y seguridad²⁰⁷, a un proceso equitativo²⁰⁸, etc.

Pero, a diferencia de lo establecido en el PIDCP²⁰⁹, el Convenio reconoce estos derechos más allá del mero territorio. No hace distinciones entre nacionales y extranjeros. Ni entre extranjeros legales o en situación irregular o ilegal, mostrando en su artículo primero el carácter universal, aunque circunscribiendo el alcance territorial a la jurisdicción del Estado parte²¹⁰. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido demandas de extranjeros y de inmigrantes ilegales²¹¹.

En relación a los extranjeros, el art. 16 establece “restricciones a la actividad política de los extranjeros”²¹², remitiendo a los artículos 10²¹³, 11²¹⁴ y 14²¹⁵ del mismo texto internacional.

²⁰⁶Art. 2 CEDH

²⁰⁷Art. 5 CEDH

²⁰⁸Art. 6 CEDH

²⁰⁹Art. 2.1 PIDCP “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²¹⁰Art. 1 CEDH “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.”

²¹¹FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.; El alcance de las obligaciones. En GARCIA ROCA, J y SANTOLAYA, P.; La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005, pp. 56-57.

²¹²Art. 16 CEDH “Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.”

²¹³Art. 10 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

²¹⁴Art. 11 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos...”

Y en base a estos artículos sobre la materia, parece difícil utilizar el artículo 16 CEDH²¹⁶ para justificar la restricción del derecho de reunión y manifestación que establecía la anterior LOEX²¹⁷, tanto por el carácter universal del artículo 21 de la CE²¹⁸, como por lo poco específico del convenio, al establecer únicamente la restricción de actividades políticas²¹⁹.

Según SALADO OSUNA, es cierto que el CEDH en su artículo 16 permite restricciones a las actividades políticas de los extranjeros, entre ellos, el derecho de asociación, pero tal cláusula debe ser interpretada en sentido restrictivo, esto es, de la misma no cabe deducir que se pueda impedir el ejercicio del derecho de asociación a los extranjeros irregulares para la defensa de sus intereses. Dado que la Ley Orgánica 8/2000 no reconoce el ejercicio del derecho de asociación a los no residentes, de ello cabe colegir que resulta incompatible con el CEDH. Incluso si la cláusula pudiera ser interpretada en sentido amplio y, consecuentemente, que la Ley Orgánica 8/2000 es compatible con el CEDH, no lo sería con el PIDCP dado que este tratado no permite tal limitación²²⁰.

²¹⁵Art. 14 CEDH “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

²¹⁶Art. 16 CEDH “Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.”

²¹⁷ Y, en relación a los derechos de reunión y asociación, en la antigua redacción dada por la LO 8/2000, distinguía entre titularidad y ejercicio. No era más que una forma de enmascarar la realidad, DURÁN ALBA, J. F.; La restricción de los derechos políticos de los extranjeros. En GARCIA ROCA, J y SANTOLAYA, P.; La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005, pp. 722-723. La fórmula, según algunos autores, era “deplorable” pues “atribuir la titularidad de un derecho y negar, al tiempo, su ejercicio significa una auténtica negación del derecho, pues en esas condiciones el derecho, simplemente no existe” ESQUEMBRE VALDÉS, M^a. M.; Artículo 6. Participación Pública. En AA.VV.; ASENSI SABATER, J. (Dir.); Comentarios a la Ley de Extranjería. Edijus. Zaragoza. 2001, p. 84. Siendo la finalidad, limitar la titularidad del derecho a los que se encontraran regularmente en España.

²¹⁸Art. 21 CE “Se reconoce el [derecho de reunión](#) pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.”

²¹⁹DURÁN ALBA, J. F.; La restricción..., op. cit., pp. 722-723.

²²⁰SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades..., op. cit., p. 48.

3.3.2.3. La Carta Social Europea²²¹

Constituye uno de los pilares normativos del Consejo de Europa junto con la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950²²².

Los fines que persigue la Carta Social Europea no son otros que el goce de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación, siendo un proyecto de solidaridad y justicia social de dimensión europea. En esta Carta los derechos sociales fundamentales de la persona se conciben como un complemento a los derechos y libertades reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos²²³.

En la primera parte, se enumeran los derechos y principios que deben respetar los Estados Partes.

En la segunda parte, se desarrollan los puntos anteriores, entre los que podemos encontrar referencia al derecho al trabajo²²⁴ y a la libertad sindical²²⁵, (no considerando expresamente la garantía del derecho a formar federaciones y confederaciones nacionales o afiliarse a ellas, algo que sí contempla el PIDESC, pero se entenderá implícito en el reconocimiento de la libertad de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales, que abarca no sólo a los trabajadores sino, también, a los empleadores²²⁶), el derecho a la negociación colectiva²²⁷ y el derecho de huelga siendo la Carta Social Europea el único texto de derecho social internacional que garantiza el derecho de

²²¹Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, revisada en 1996. En adelante CSE.

²²²CRESPO VALERA, S.; En AA.VV.; LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea". Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989, p. 23.

²²³OREJA AGUIRRE, M.; Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa. En AA.VV.; LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea". Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989, pp. 44-45.

²²⁴Art. 1 CSE "Derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo."

²²⁵Art. 5 CSE "Derecho sindical."

²²⁶KOJANEC, G.; La Carta Social..., op. cit., pp. 118-119.

²²⁷Art. 6 CSE "Derecho de negociación colectiva".

huelga (éste último) de forma expresa²²⁸, derecho también reconocido por la OIT aunque implícitamente, como una consecuencia derivada de la libertad sindical, al referirse a la protección de los intereses colectivos de los trabajadores²²⁹. Pero reconoce no sólo el derecho de huelga sino, también, la protección de las acciones colectivas de los empleadores en caso de conflicto de intereses, con las restricciones previstas en la Ley, necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades, el orden público, salud y buenas costumbres²³⁰.

Las garantías establecidas en la Carta sobre el derecho de huelga, poseen “un contenido preciso y un alcance muy amplio”, a diferencia del PIDESC que “se limita a considerar este derecho en abstracto, dejando a cada Estado individual la determinación de las condiciones, modalidades y restricciones de su ejercicio que puedan ser necesarias”. Igualmente, la Carta Social Europea garantiza, en los art. 18 y 19, la protección de las situaciones concretas de los trabajadores extranjeros y miembros de sus familias²³¹.

3.3.2.4. La Convención de la Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias²³²

En esta Convención encontramos dos ideas centrales: una se refiere a la nueva realidad que constituye el fenómeno de la inmigración y, otra, tendente a la adopción de medidas con el objeto de prevenir y disuadir la inmigración irregular, por medio del reconocimiento de los derechos humanos

²²⁸Art. 6.4 CSE “El derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor.”

²²⁹VOGEL-PLSKY, E.; La Europa social del año 2000: la Carta Social y el sistema comunitario. En AA.VV.; LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la “Carta Social Europea”. Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989, p. 81.

²³⁰Art. 31.1 CSE

²³¹KOJANEC, G.; La Carta Social..., op. cit., p. 120.

²³²Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1990 entrando en vigor el 1 de julio de 2003.

fundamentales a todos los trabajadores migrantes y reconociendo determinados y concretos derechos a aquéllos trabajadores y familiares que se encuentren en situación regular. Pero la Convención no crea nuevos derechos sino que, se asegura la efectiva aplicación sobre estos trabajadores migrantes²³³.

Como exponen AGUELO NAVARRO Y CHUECA SANCHO²³⁴, si se pretende una *unión de derecho* plena, la Unión Europea tendría que recuperar el valor de los derechos humanos tan presentes en el PIDESC y en la Carta Social Europea, vistos con anterioridad. Y ahí existe una carencia que se podrá superar con la adhesión a la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Y ya que la Unión Europea posee personalidad jurídica interna e internacional, y es competente en materia de Derechos Humanos y de Migraciones Internacionales, no se necesita nada más para celebrar tales tratados.

Si atendemos al texto de la Convención, observamos que, aunque invoca la no discriminación en el reconocimiento de derechos²³⁵, atribuye por un lado un conjunto de derechos inherentes a la dignidad humana sin hacer referencia a la situación regular o irregular²³⁶, entre ellos el derecho a participar en reuniones y actividades de sindicatos, a afiliarse a cualquier sindicato, a solicitar ayuda y asistencia de un sindicato con las únicas restricciones establecidas por ley y necesarias para una sociedad democrática²³⁷.

²³³ROJO TORRECILLA, E.; Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española. Lex Nova. Valladolid. 2006, p. 38.

²³⁴AGUELO NAVARRO, P. y G. CHUECA SANCHO, A.; La Constitución Europea y...los extranjeros. www.intermigra.info. 2005, pp. 14 y ss.

²³⁵Art. 7 "Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición."

²³⁶PARTE III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como el derecho a la vida (art. 9); no ser sometido a torturas ni a tratos denigrantes (art. 10); etc.

²³⁷Art. 26 "1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera

Pero, por otro lado, enumera un elenco de derechos que para los que estén documentados o en situación regular²³⁸, entre ellos, el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para la protección de sus intereses, sin ninguna restricción, salvo las establecidas por ley y necesarias para una sociedad democrática, seguridad nacional, orden público, etc.²³⁹.

Y cuando la Unión Europea sea parte de este Tratado, se hará una efectiva política de derechos humanos también para los inmigrantes sin ninguna distinción²⁴⁰.

La parte I comprende el alcance y definiciones. El ámbito subjetivo, en el que los destinatarios serán los trabajadores migrantes y sus familiares sin distinción alguna²⁴¹.

La Convención establece que, serán considerados en situación regular los autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad laboral en el Estado de empleo, “de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos

otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas. 2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.”

²³⁸PARTE IV: Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular. Entre otros, derecho a ser informados por el Estado de origen o por el Estado de empleo, de todas las condiciones aplicables a su admisión (art. 37); libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia (art. 38); etc.

²³⁹Art. 40 “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole. 2. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de ese derecho, salvo las que prescriba la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.”

²⁴⁰AGUELO NAVARRO, P. y G. CHUECA SANCHO, A.; La Constitución Europea... op. cit., pp. 14 y ss.

²⁴¹Art. 1.1 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

internacionales en que ese Estado sea parte”²⁴². Encontrándose en situación irregular, por tanto, los que no cumplan estas condiciones²⁴³.

La parte II reconoce de forma expresa la prohibición de algún tipo de discriminación²⁴⁴.

En la parte III titulada “*Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*”, comienza contemplando el derecho de estos a salir de cualquier Estado²⁴⁵, y, entre otros derechos humanos, el derecho a la vida²⁴⁶, el derecho a las mismas condiciones de trabajo, afiliación a un sindicato²⁴⁷, Seguridad Social²⁴⁸, etc. como hemos comentado derechos

²⁴²Art. 5 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares: a) Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.”

²⁴³Art. 5 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares: b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a de este artículo.”

²⁴⁴Art. 7 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

²⁴⁵Art. 8.1 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.”

²⁴⁶Art. 9 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias.

²⁴⁷Art. 26 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “1. a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente.”

²⁴⁸Art. 27 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable a ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.”

inherentes de la dignidad humana que corresponden a la persona como tal y sin atender a ninguna condición de residencia.

Por otro lado, la parte IV denominada “*Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular*”, contempla, entre otros derechos, la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente la residencia²⁴⁹, la libertad de elección de la actividad remunerada²⁵⁰ y la igualdad de trato respecto a los nacionales en la protección contra el despido²⁵¹ o en materia de prestaciones por desempleo²⁵².

Por último, los trabajadores migrantes y sus familias, tendrán garantizado un trato no menos favorable, siempre que cumplan con el requisito de la residencia, es decir, encontrarse en situación de legalidad²⁵³.

3.3.3. La Organización Internacional del Trabajo

En relación al trabajo de las personas migrantes, haremos especial referencia a los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante).

Se trata de la fuente institucional básica del llamado Derecho internacional uniforme del Trabajo, que comprende un conjunto de normas internacionales emanadas de acuerdos de los entes internacionales de carácter institucional²⁵⁴.

²⁴⁹Art. 39 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.”

²⁵⁰Art. 52.1 del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “Los trabajadores migratorios tendrán en el Estado de empleo libertad de elegir su actividad remunerada, con sujeción a las restricciones o condiciones siguientes.”

²⁵¹Art. 54.1. del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “Sin perjuicio de las condiciones de su autorización de residencia o de su permiso de trabajo ni de los derechos previstos en los artículos 25 y 27 de la presente Convención, los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a) La protección contra los despidos;”

²⁵²Art. 54. 1. del Convenio Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias. “b) Las prestaciones de desempleo;”

²⁵³Art. 19. 4 CSE “A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las maneras que se expresan a continuación,…”.

²⁵⁴MONTOYA MELGAR, A.; Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 2009, p. 197.

Se trata de una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas, en la que una de las actividades es la preparación de Convenios, disposiciones en materia de trabajo y seguridad social²⁵⁵.

En el mismo sentido, CEINOS SUÁREZ entiende que la OIT persigue principalmente que los Estados adopten una política migratoria internacional coherente cuyo objetivo sea la creación de empleo, sin perder de vista tanto las necesidades económicas y sociales de los países de origen y de los países de empleo, como las necesidades y los recursos de mano de obra a corto plazo²⁵⁶.

Su finalidad pues, es mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores en el ámbito internacional por medio de los Convenios y las Recomendaciones²⁵⁷. Según el Tribunal Constitucional, “son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios.”²⁵⁸ Insiste en que “Los Convenios de la OIT, suscritos por España, y a los que lógicamente ha de adaptarse nuestra legislación, y que tiene el valor de fuente del ordenamiento jurídico, ya indican la procedencia de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, en materia de seguridad en el empleo y otros beneficios.”²⁵⁹

El reconocimiento de la igualdad de derechos de todos los seres humanos ha sido un principio básico de la OIT desde su creación. Y en el ámbito de las Naciones Unidas se acordó que toda persona poseía todos los derechos

²⁵⁵MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.; Derecho..., op. cit., p. 123.

²⁵⁶CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 102.

²⁵⁷MONTOYA MELGAR, A.; Derecho..., op. cit., p. 199.

²⁵⁸STC 38/1981, de 23 de noviembre. RTC 1981/38. FJ cuarto. También el TS en Sentencia de 20 de junio de 2000. RJ 2000/7172, ha recogido el argumento expuesto por el Tribunal Constitucional.

²⁵⁹STSJ Castilla y León, de 14 de marzo de 2006. AS/2006/1468. FJ Único.

recogidos en la Declaración Universal sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión o cualquier otra condición²⁶⁰.

España ha ratificado gran número de Convenios. Entre ellos podemos señalar: el convenio n. 19, sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo²⁶¹; el Convenio n. 97, sobre los trabajadores migrantes²⁶²; el Convenio n. 118²⁶³, relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social. En estrecha relación y de forma indirecta es posible tener en consideración el Convenio n. 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y el Convenio n. 117 sobre política social, que exigen la igualdad de trato con una gran amplitud, lo que da lugar a que podamos entender incluidos los derechos de representación de los trabajadores.

En materia sindical, el Convenio n. 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación²⁶⁴, el cual no establece distinción por razón de la nacionalidad ni la situación administrativa²⁶⁵; el Convenio n. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, y el Convenio n. 143 de la OIT sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, que reconoce, en su artículo 8, la igualdad de trato sin distinción de la nacionalidad. También el Convenio n. 95, de 1949, sobre protección del salario, el convenio n. 132, de 1970, sobre vacaciones anuales pagadas, el convenio n. 138, de 1973, sobre edad mínima de admisión al empleo, el convenio n. 151, de 1978,

²⁶⁰VON POTOBOSKY, G. W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales. Astrea. Buenos Aires. 1990, p. 385.

²⁶¹Aprobado en 1925 y ratificado por España el 24 de mayo de 1928.

²⁶²Aprobado el uno de enero de 1949, ratificado por España el 23 de febrero de 1967. Se complementa con el convenio número 143, de 1975, sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias).

²⁶³No ratificado por España.

²⁶⁴De 9 de julio de 1948. BOE de 11 de mayo de 1977.

²⁶⁵SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades..., op. cit., p. 48. RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y TEROL BECERRA, M.; Constitución, extranjeros y derecho del trabajo. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Extranjeros en España. Régimen jurídico. Laborum. Murcia. 2001, p. 87.

sobre el derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de trabajo en la Administración pública, y el Convenio n. 181, de 1997, relativo a las agencias privadas de empleo.

3.3.3.1. El Convenio n. 97 relativo a los trabajadores migrantes²⁶⁶.

Este Convenio protege a los inmigrantes que se encuentren en situación regular pero no a los “clandestinos”²⁶⁷. Teniendo pues un ámbito de aplicación subjetivo limitado.

Será de aplicación a los trabajadores migrantes definidos por el convenio como “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”²⁶⁸. Así se persigue y garantiza la igualdad de trato.

Este Convenio es complementado por la Recomendación n. 86, sobre los trabajadores migrantes²⁶⁹ y no será de aplicación a los trabajadores fronterizos; como tampoco a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal, a la gente de mar²⁷⁰.

Establece que los miembros de la familia de los trabajadores inmigrantes regulares, es decir, autorizados a residir, que han sido asimismo autorizados a reunirse con estos, “deberían ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales.”²⁷¹

²⁶⁶ Aprobado el uno de enero de 1949, ratificado por España el 23 de febrero de 1967. Se complementa con el convenio número 143, de 1975, sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias).

²⁶⁷ VON POTOBOSKY, G. W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; La Organización..., op. cit., p. 453.

²⁶⁸ Art. 11.1 Convenio n. 97. En el apartado 2. “El presente Convenio no se aplica: a) a los trabajadores fronterizos; b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; c) a la gente de mar.”

²⁶⁹ Revisado en 1949.

²⁷⁰ Parte I. 3. Recomendación n. 86.

²⁷¹ Art. 16 Recomendación n. 86.

No obstante, equipara las condiciones de trabajo de los inmigrantes, estableciendo la igualdad de trato en materia de empleo y seguridad social a los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse, estableciendo “sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales...”²⁷².

Cuando el trabajador ha sido regularmente admitido en un Estado Miembro, éste deberá “abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto”. El acuerdo al que se hace referencia deberá contener, entre otras, que, en principio, no podrá ser expulsado si ha permanecido más de cinco años en el territorio del Estado, que deberá haber agotado las prestaciones por desempleo que le pudieran corresponder, la asunción de medidas de trato humano imprescindibles para el trabajador y para los miembros de su familia, etc.²⁷³

Impone el principio de igualdad de trato, incluso, respecto de la remuneración, las horas de trabajo, horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas ofrecidas en materia de contratos colectivos, vivienda, Seguridad Social, así como en la aplicación de las disposiciones legales relativas a los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo, obligaciones familiares y cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de Seguridad Social²⁷⁴.

²⁷²Art. 6 Convenio n. 97.

²⁷³Art. 18 Recomendación n. 86.

²⁷⁴CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 102.

Establece el deber de colaboración con los demás Estados Miembros²⁷⁵, y garantiza la permanencia del trabajador migrante cuando no pueda ejercer su trabajo debido a enfermedad²⁷⁶.

3.3.3.2. El Convenio n. 143: sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes²⁷⁷.

Este Convenio, aunque no ha sido ratificado por España, sí lo ha sido por otros países europeos y algunos miembros de la Unión Europea. El mismo reitera parte de lo dispuesto en el Convenio n. 97. Así la parte II del Convenio n. 143 se dedica a la igualdad de oportunidades y de trato, imponiendo a los Estados el deber garantizar esta igualdad a las personas que tengan la condición de trabajadores migrantes incluyendo a los miembros de su familia, que se encuentren legalmente en su territorio²⁷⁸. Por lo que se condiciona la aplicación del principio de igualdad de trato al requisito de la autorización administrativa, es decir, a la situación de regularidad.

Tanto el Convenio n. 143 como la Recomendación n. 151 de la OIT son textos que manifiestan su preocupación e interés por el progresivo aumento de la inmigración irregular y, en especial, preocupa la situación de vulnerabilidad frente a abusos que pueden sufrir los trabajadores, con condiciones laborales que pueden acercarse a las de la esclavitud. Se convierte, así, en un objetivo para las políticas de empleo el utilizar vías legales y regulares para coordinar oferta y demanda de mano de obra inmigrante²⁷⁹.

Establece, por otro lado, la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes²⁸⁰. Incluyendo en su artículo 3 la

²⁷⁵Art. 7 Convenio n. 97.

²⁷⁶Art. 8.1 Convenio n. 97.

²⁷⁷Adoptado por la OIT el 24 de junio de 1975 y entrada en vigor el 9 de diciembre de 1978.

²⁷⁸CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 104.

²⁷⁹ROJO TORRECILLA, E.; Inmigración y mercado..., op. cit., pp. 44-45.

²⁸⁰Art. 1 Convenio n. 143 OIT.

necesidad de suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo²⁸¹. Este Convenio se complementa con la Recomendación n. 151, sobre los trabajadores migrantes²⁸², la cual que expone que, “los Miembros deberían aplicar las disposiciones de la presente Recomendación en el marco de una política coherente de migraciones internacionales con fines de empleo”²⁸³.

Contempla, además, el principio de igualdad de trato a favor de los trabajadores migrantes irregulares en lo que concierne a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios²⁸⁴.

Para ello dispone, en su artículo 2²⁸⁵, para los trabajadores migrantes y sus familias que se encuentren legalmente en territorio de un Estado Miembro, tendrán o disfrutarán igualdad de trato y de oportunidades con los trabajadores nacionales en diversas materias.

²⁸¹Art. 3 Convenio n. 143 OIT. “Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros: a) Para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes”.

²⁸²De 24 de junio de 1975.

²⁸³Art. 1 Recomendación n. 86.

²⁸⁴Art. 9.1 Convenio n. 143 OIT. “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 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 en el empleo y otros beneficios.”

²⁸⁵Art. 2 Recomendación n. 151. “a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; b) acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección, de acuerdo con sus aptitudes personales para tal formación o empleo, tomando en cuenta las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo; c) promoción, de acuerdo con sus cualidades personales, experiencia, aptitudes y aplicación al trabajo; d) seguridad del empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación profesional; e) remuneración por trabajo de igual valor; f) condiciones de trabajo, incluso la duración del trabajo, los períodos de descanso, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad y de higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; g) afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas; h) derecho a adherirse a cooperativas de todo tipo; condiciones de vida, incluidos el alojamiento y el acceso a los servicios sociales y a las instituciones docentes y sanitarias. “

En relación al empleo y residencia, si el trabajador migrante ha sido admitido regularmente en un Estado Miembro, la Recomendación citada insta a ese Estado a abstenerse “de alejar de su territorio a dicho trabajador migrante alegando la insuficiencia de sus recursos o la situación del mercado del empleo”; añade que “la pérdida del empleo por parte de ese trabajador no debería implicar por sí sola el retiro de su permiso de residencia.”²⁸⁶ En caso de pérdida de empleo establece que, “debería concedérsele, para encontrar nuevo empleo, un plazo suficiente, que corresponda al menos al período en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo. El permiso de residencia debería prorrogarse en consecuencia.”²⁸⁷

Asimismo debería tener derecho, independientemente de su estancia regular o irregular en el país, a la remuneración por el trabajo prestado incluidas las indemnizaciones por finalización de contrato, prestaciones por accidente o enfermedad profesional, entre otras²⁸⁸.

3.3.3.3. El Convenio n. 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación²⁸⁹

Estamos ante un Convenio esencial para la protección internacional de la libertad sindical²⁹⁰, cuyo objeto será garantizar la libertad sindical respecto a los poderes públicos²⁹¹. Constituye uno de los más importantes, junto con el convenio n. 98, entre los ratificados por España²⁹², y el que más aprecian los trabajadores del mundo entero²⁹³

El Convenio será de aplicación a “los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa”. Garantiza el derecho de constituir

²⁸⁶Art. 30 Recomendación n. 151.

²⁸⁷Art. 31 Recomendación n. 151.

²⁸⁸Art. 34 Recomendación n. 151.

²⁸⁹Adoptado por la Conferencia en 1948, entrando en vigor en 1950. Ratificado por España en 1977.

²⁹⁰VALTICOS, N.; Derecho Internacional del Trabajo. Tecnos. Madrid. 1977, p. 243.

²⁹¹VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., p. 250.

²⁹²OJEDA AVILÉS, A.; Derecho Sindical. Tecnos. Madrid. 2003, p. 101.

²⁹³Las normas internacionales del trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 1998, p. 50.

organizaciones sindicales, “así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”²⁹⁴.

Un convenio que ha sido interpretado y aplicado por nuestros Tribunales²⁹⁵.

En relación a la nacionalidad, diferentes textos de la OIT establecen la igualdad de trato respecto de los trabajadores migrantes. Así, el Convenio n. 97, sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949, contempla esta igualdad respecto a la afiliación sindical y a disfrutar de las ventajas de los convenios colectivos²⁹⁶. También el Convenio n. 143 de 1975, incluye los derechos sindicales²⁹⁷ dentro de la *Parte II Igualdad de Oportunidades y de Trato*. Igualmente la Recomendación n. 151, que complementa al anterior, recoge la igualdad de oportunidades y de trato con los trabajadores nacionales en relación a la afiliación a organizaciones sindicales, ejercicio de derechos sindicales y posibilidad de ocupar cargos en sindicatos, en los organismos de relaciones profesionales, incluyendo los órganos de representación de los trabajadores en la empresa²⁹⁸.

Independientemente de lo expuesto, la restricción legal del derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros iría contra el Convenio n. 87.²⁹⁹ Porque el derecho a crear sindicatos y de afiliarse a ellos ha de ser reconocido

²⁹⁴Art. 2 Convenio n. 87.

²⁹⁵SSTC 83/1982 de 22 diciembre, RTC 1982/83; 78/1982 de 20 diciembre, RTC 1982/78 y 99/1983 de 16 noviembre, RTC 1983/99.

²⁹⁶Art. 6 Convenio n. 97 “1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:... ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos...”.

²⁹⁷Art. 10 Convenio n. 143 “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 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.”

²⁹⁸Art. 2 Recomendación n. 151. “g) afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas;”

²⁹⁹VON POTOBOSKY, G. W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; La Organización..., op. cit., p. 239.

tanto a los nacionales como a los extranjeros, siendo contrario al convenio establecer limitaciones basándose en criterios como la raza, el sexo, etc.³⁰⁰.

En estrecha relación y de forma indirecta es posible tener en consideración el Convenio n. 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y el Convenio n. 117 sobre política social, que exigen la igualdad de trato con una gran amplitud, lo que da lugar a que podamos entender incluidos los derechos de representación de los trabajadores.

3.3.3.4. El Convenio n. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva³⁰¹.

Los aspectos esenciales del derecho de sindicación fueron consagrados con el alcance universal de este Convenio³⁰², destinado a proteger a los trabajadores contra actos de discriminación antisindical, a resguardar a las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra las injerencias y fomentar la negociación voluntaria entre las partes³⁰³.

El Convenio n. 98, a diferencia del Convenio n. 87, excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos en la Administración del Estado³⁰⁴.

Aunque existe multitud de formas de discriminación, las más frecuentes pueden ser: la no contratación, con el fin de evitar la entrada de la acción sindical en la empresa; el despido, para suprimir la figura sindical instalada; y la inclusión en "listas negras" anulando la actividad del sindicalista con la consecuente dificultad a la hora de acceder a un nuevo empleo³⁰⁵.

³⁰⁰ VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., pp. 244-245. Igual de importante que el Convenio n. 87, en relación a las relaciones laborales colectivas, OJEDA AVILÉS, A.; Derecho... op. cit., p. 101. SSTC 78/1982 de 20 diciembre, RTC 1982/78, 83/1982 de 22 diciembre RTC 1982/83 y 4/1983 de 28 enero, RTC 1983/4.

³⁰¹ De 1949.

³⁰² BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; Protección contra la discriminación antisindical. Oficina Internacional del Trabajo. Suiza. 1976, pp. 1-2.

³⁰³ Las normas... op. cit., p. 50.

³⁰⁴ Art. 6 Convenio n. 98. "El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto."

³⁰⁵ BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; Protección..., op. cit., pp. 7-8.

El Convenio muestra su preocupación por evitar que el asalariado se vea obligado a elegir entre militancia sindical y su trabajo³⁰⁶. De ahí que, el convenio, se centre en esta cuestión, sobre todo, en el momento de la contratación del trabajador³⁰⁷.

Cuida, también, de que los empleadores u organizaciones empresariales no intenten controlar a sindicatos de trabajadores³⁰⁸. Principio de igualdad de trato incluido en la Conferencia, a petición de los empleadores, pues sólo se hacía mención a las organizaciones de trabajadores³⁰⁹.

Igualmente garantiza una adecuada protección en caso de atentar contra la libertad sindical³¹⁰. Como mecanismo de protección podemos acudir a la Recomendación n. 143, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, que propone que la protección concedida a esos representantes (sindicales o no sindicales) se extienda también a los candidatos a concretas funciones y a los que hayan cesado en su ejercicio. Además de una medidas determinadas en el supuesto de que sean insuficientes las disposiciones generales aplicables a los trabajadores³¹¹.

Para concluir, excepto algunos convenios en cuyo articulado se indica la intención de excluir de ellos a los extranjeros, la gran mayoría de los convenios internacionales del trabajo son de aplicación general y no permiten limitaciones fundadas en la nacionalidad de las personas protegidas. La igualdad que implican entre nacionales y extranjeros es generalmente absoluta, y la igualdad a condición de reciprocidad tiene un carácter excepcional³¹².

³⁰⁶Art. 1 Convenio n. 98.

³⁰⁷VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., pp. 250-251. VON POTOBSKY, G. W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; La Organización..., op. cit., pp. 295-296.

³⁰⁸Art. 2 Convenio n. 98.

³⁰⁹VON POTOBSKY, G. W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; La Organización..., op. cit., p. 301.

³¹⁰Art. 3 Convenio n. 98. OJEDA AVILÉS, A.; Derecho... op. cit., pp. 102 y ss.

³¹¹BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; Protección..., op. cit., pp. 2-3.

³¹²VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., p. 448.

3.3.4. Normas internacionales específicas en materia de Seguridad Social y Salud de los inmigrantes

La migración tiene un marcado carácter laboral pues las personas extranjeras que llegan a un país lo hacen, en la mayor parte de los casos, para desarrollar algún trabajo o actividad profesional; es por ello que la Seguridad Social de los extranjeros está, normalmente aunque no exclusivamente, unida de forma inexorable a la condición de trabajador³¹³.

Un obstáculo añadido al trabajador migrante para ser titular de derechos sociales es el cumplimiento de las normas que cada país impone para permitir la entrada de trabajadores de terceros países.

La normativa internacional está contribuyendo a que los trabajadores extranjeros vayan teniendo un régimen de protección social paulatinamente mejor. Los extranjeros que se encuentran en situación de regularidad, es decir, con permiso de residencia o de trabajo tienen reconocidos, normalmente, todos sus derechos sociales y se les concede un trato igualitario con los nacionales en materia de Seguridad Social. Pero el problema se plantea cuando los extranjeros se encuentran en una situación administrativa no regulada que puede dar lugar a la de desprotección de derechos.³¹⁴

La DUDH y el PIDESC han reconocido expresamente el derecho a la Seguridad Social como un derecho humano básico. Igualmente ha de citarse el CEDH cuyo ámbito material de aplicación se precisa en el Protocolo adicional aunque, si bien no se refieren a los derechos de protección social, han permitido al TEDH pronunciarse respecto a la lesión del derecho de propiedad, que sí es tutelado por tal Convenio Europeo. Se trata de un derecho que es

³¹³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.; La protección social de los trabajadores extranjeros. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2010. Madrid, p. 13.

³¹⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.; La protección social..., op. cit., p. 14.

vinculante para los firmantes y directamente aplicable a quienes se encuentren incluidos en su campo de aplicación subjetiva³¹⁵.

También a nivel regional es necesario mencionar la Carta Social Europea o los instrumentos internacionales convencionales en el ámbito de América Latina o de África. No obstante, son dos los instrumentos internacionales de mayor importancia citados con anterioridad: la DUDH y el PIDESC. En estos dos textos se atribuye el derecho a la Seguridad Social a todas las personas independientemente de su nacionalidad; de tal manera que toda persona, y en particular todo extranjero, “tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene derecho asimismo a los seguros, en su caso, de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.³¹⁶

Por otra parte, el PIDESC contiene mecanismos de control y aseguramiento de los derechos que se establecen en el mismo, bien a través de informes, bien a través de reclamaciones estatales o particulares ante el Comité de Derecho Humanos. El Pacto reconoce el derecho a la Seguridad Social³¹⁷, el de protección de la familia³¹⁸ y el de tutela de la salud³¹⁹, aunque el desarrollo de estos derechos quedará condicionado a los recursos económicos de los Estados³²⁰.

³¹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.; La protección social..., op. cit., p. 15.

³¹⁶ Art. 22 DUDH

³¹⁷ Art. 99 PIDESC

³¹⁸ Art. 10.1 PIDESC

³¹⁹ Art. 12 PIDESC

³²⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.; La protección social..., op. cit., p. 16.

En cualquier caso, este Pacto forma parte del ordenamiento jurídico español³²¹ por lo que sirve de referente interpretativo y de criterio para la aplicación directa. En consecuencia, son reclamables ante los Tribunales.

Los convenios internacionales de la OIT han tenido un papel esencial en la delimitación conceptual y de contenido del derecho a la Seguridad Social. Así, el Convenio n. 102, llamado Norma Mínima en materia de Seguridad Social, adoptado en 1952, ha trazado las medidas necesarias para la expansión e implantación de la Seguridad social y ha respondido a los retos que deben afrontarse en un mundo globalizado. De tal manera que los Estados podrán actuar sobre el derecho a la Seguridad Social solamente para mejorar los niveles o umbrales mínimos que se establecen en el ámbito internacional.

Lo que sí se debe subrayar es que las normas internacionales han consagrado toda una serie de principios rectores sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes que suponen que las regulaciones estatales deberán basarse en los principios de igualdad de trato, la segura determinación de la legislación aplicable y la conservación de los derecho adquiridos o en vía de adquisición. Todo ello mediante la colaboración administrativa y de coordinación necesaria entre los Estados.

Asimismo debemos destacar, entre otros, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias; la Convención sobre la eliminación de todas las formas discriminación contra la mujer; o la Convención sobre los derechos de la personas con discapacidad.

³²¹ Art. 96 CE

3.3.5. Tratados bilaterales y Acuerdos de Cooperación y reciprocidad sobre trabajo de extranjeros

Estos Tratados constituyen la forma más antigua de reglamentación internacional de cuestiones de trabajo, siguen representando un papel importante en este campo. Su objetivo consiste fundamentalmente en regular, entre los países contratantes, la admisión y las condiciones de empleo, en cada uno de esos países, de trabajadores procedentes de otro.

Se diferencian de los Convenios Internacionales, en que los Tratados Bilaterales se fundan en la noción de reciprocidad, presentan un carácter sinalagmático en el más amplio sentido de la palabra y no consideran más que el trato de los procedentes de los países contratantes³²².

Tras la Primera Guerra Mundial, se produjeron gran número de Tratados sobre emigración e inmigración en los que se incluían preceptos sobre igualdad de trato desde la perspectiva salarial, en materia de condiciones de trabajo, reparación de accidentes de trabajo y pago de rentas y pensiones. También aumentó el número de acuerdos bilaterales (sobre inmigración de trabajadores extranjeros) que contenían, sobre todo, normas sobre inmigración de trabajadores extranjeros que promulgaban la igualdad de trato, reagrupación familiar y formación profesional³²³.

No obstante, los Acuerdos bilaterales como fuente del derecho internacional del trabajo tienen efectos limitados a las partes contratantes a diferencia de las normas de la OIT que, según VALTICOS, poseen otras características como son: el alcance universal; pueden ser objeto de compromisos internacionales con gran número de ratificaciones; están formulados en instrumentos distintos pudiendo ser redactado detalladamente y aceptado de forma separada; conforman, en conjunto, una regulación sistemática acerca de la mayor parte del derecho del trabajo; y son revisados y actualizados habitualmente³²⁴.

³²² VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., p. 173.

³²³ VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., p. 177.

³²⁴ VALTICOS, N.; Derecho Internacional..., op. cit., pp. 180-181.

Debido a la importancia del trabajo de los extranjeros en el ámbito internacional, los Estados han optado por adoptar acuerdos, ya sean bilaterales o multilaterales, entre sí. En el caso de España, en los años 60 se firmaron acuerdos bilaterales algunos sobre cuestiones acerca del trabajo de extranjeros, entre ellos, los convenios sobre emigración, contratación y colocación e intercambio de trabajadores, tanto con países que no eran comunitarios y ahora lo son como con países que aún hoy no forman parte de la Unión Europea.

Como consecuencia de la integración de nuestro país en la Unión Europea, no era posible la existencia conjunta de ciertos privilegios por nuestra legislación a favor de nacionales de Estados con los que se han mantenido vínculos, pues que en virtud del Acuerdo de Schengen, supondría la entrada masiva en otros países comunitarios³²⁵.

Entre algunos de estos convenios, podemos señalar el Convenio entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra, relativo a la entrada, circulación, residencia y establecimiento de sus nacionales, hecho "ad referéndum" en Bruselas el 4 de diciembre de 2002³²⁶, que establecen un régimen particular para los nacionales de los países firmantes, pudiendo contemplar condiciones, "al menos tan favorables" como la de los nacionales del Estado Miembro de la Unión Europea³²⁷.

³²⁵ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.; La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia. Colex. Madrid. 2006, p. 451.

³²⁶ BOE de 27 de junio de 2003.

³²⁷ Art. 4. "Sin perjuicio de las disposiciones de los párrafos 3.o y 4.o del artículo 7 y del artículo 9, las condiciones de establecimiento aplicadas a los nacionales andorranos en el territorio de la otra Parte serán al menos tan favorables como las que España y Francia apliquen a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Los nacionales españoles y franceses podrán establecerse en Andorra de conformidad con la legislación andorrana. Las condiciones de establecimiento aplicadas a los nacionales españoles y franceses serán siempre al menos tan favorables como las que Andorra aplique a los nacionales de cualquier otro Estado. En el momento de su renovación, las autorizaciones de residencia expedidas tendrán una duración al menos igual a las de las autorizaciones que sustituyan.

Las disposiciones precedentes se aplicarán en las condiciones previstas por los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 del presente Convenio".

Los ciudadanos andorranos cuentan, en consecuencia, con un régimen al menos similar al de los ciudadanos comunitarios y una equiparación total a los ciudadanos españoles³²⁸.

También encontramos convenios sobre migración, cooperación y amistad con diversos países de América del Sur; y los Convenios de doble nacionalidad, uno de ellos con Chile³²⁹ y otro con Perú³³⁰. Así tanto el Convenio con Chile como el convenio con Perú, establecen que los españoles en Chile y los chilenos en España y los españoles en Perú y los peruanos en España, podrán “viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse dondequiera que lo juzguen conveniente para sus intereses; adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”³³¹.

También debe mencionarse al Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad con Uruguay³³² que señala que “Los ciudadanos de la República en España y los súbditos Españoles en la República Oriental del Uruguay podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones”³³³.

El Tribunal Supremo ha interpretado el contenido e importancia de estos tratados y convenios, estableciendo que los nacionales de Perú, Chile y Uruguay podrán ejercer una actividad lucrativa en España, pero para ello deberán solicitar la autorización correspondiente sin atender a la situación

³²⁸ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., pp. 110 y ss.

³²⁹ Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile de 24 de mayo de 1958.

³³⁰ Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú de 16 de mayo de 1959.

³³¹ Art. 7 del Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile de 24 de mayo de 1958. Y art. 7 del convenio de doble nacionalidad entre España y Perú de 16 de mayo de 1959.

³³² De 19 de julio de 1870.

³³³ Además “poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos en vida o por muerte y suceder en los mismos por testamento o ab intestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo de iguales condiciones y adeudos que usan y usarán los de la Nación más favorecida”

nacional de empleo. Declara que “los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, es decir, exactamente igual que los Convenios con Chile y Perú”, y entiende que en tanto se encuentre vigente el citado Convenio Internacional no es posible denegar el permiso de trabajo en base a la situación nacional de empleo o no resulte conveniente.³³⁴ Estos Tratados otorgan, en consecuencia, un trato más favorable a estos nacionales.

En relación a los Convenios de Doble Nacionalidad, el firmado con Perú ha originado numerosa jurisprudencia³³⁵. Y el Convenio de Doble Nacionalidad con Chile³³⁶ señala que “Los españoles en Chile y los chilenos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse dondequiera que lo juzguen conveniente para sus intereses; adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.”³³⁷

En definitiva, el TS entiende que, “el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, de 24 mayo 1958, consagra directamente el derecho de los súbditos chilenos a trabajar en España (al igual que el Tratado con Perú respecto de los peruanos), con la consecuente obligación de las autoridades

³³⁴ Véase F J 1º. STS de 10 de octubre de 2002 RJ 2002/8748.

³³⁵ Así lo manifiesta el TS en su sentencia de 13 de marzo de 1998. RJ/1998/2621. Véase F J 3º. “Como ya ha recogido reiterada Jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias, entre otras de 16, 17 y 30 septiembre 1982 [RJ 1982\4872, RJ 1982\4875 y RJ 1982\4917], 5 noviembre 1982 [RJ 1982\6969], 10 junio 1985 [RJ 1985\3619], 23 mayo 1986 [RJ 1986\2399] y más recientemente las de 21 marzo y 5 diciembre 1997 [RJ 1997\2284 y RJ 1997\8831])...”.

³³⁶ De 24 de mayo de 1958.

³³⁷ Art. 7

laborables españolas a otorgarles el permiso de trabajo para el ejercicio de su derecho.”³³⁸

3.3.6. El Acuerdo de Schengen

La entrada en vigor del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, conlleva la supresión de los controles en las fronteras interiores y el traslado de éstos a las fronteras exteriores. Se denomina así al territorio que comprende a aquellos Estados de la Unión Europea que han acordado la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre estos países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas³³⁹. Actualmente son 26 los países que lo forman³⁴⁰.

Cualquier persona que haya entrado regularmente por la frontera exterior de una de las Partes Contratantes que aplican el Convenio tendrá derecho, en principio, a circular libremente por el territorio de todas ellas durante un período que no supere los tres meses por semestre. Entre ellos se suprimen los controles de personas en las fronteras interiores³⁴¹, en particular la supresión de obstáculos y restricciones a la circulación en los pasos fronterizos de carretera en las fronteras interiores; la introducción y aplicación del régimen de Schengen en los aeropuertos y aeródromos; la realización de los controles en las fronteras exteriores y medidas destinadas a mejorar la seguridad de dichas fronteras; la política común en materia de visados³⁴²; la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas³⁴³; la responsabilidad en

³³⁸ Véase FJ 5º. STS de 22 de diciembre de 1995, RJ\1995\9684.

³³⁹ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/acuerdo-de-schengen>

³⁴⁰ Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza.

³⁴¹ Art. 17 Acuerdo de Schengen

³⁴² Art. 20 Acuerdo de Schengen

³⁴³ Art. 19 Acuerdo de Schengen

materia de asilo³⁴⁴ y la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial internacional.

La documentación requerida para circular por los Estados Miembros del Convenio Schengen, es el documento nacional de identidad o pasaporte en vigor, para españoles; para los nacionales del resto de Estados Miembros de la Unión Europea o del espacio económico europeo el documento nacional de identidad o pasaporte en vigor; para extranjeros residentes en un Estado que aplique el Convenio de Schengen, el documento de viaje en vigor y autorización de residencia; y en relación a los extranjeros no residentes en los Estados que aplican el Convenio de Schengen, el documento de viaje en vigor con el visado cuando éste sea exigido.

Con el objeto de luchar contra la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública, los transportistas que realicen rutas procedentes de países externos al Espacio Schengen deberán suministrar a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior la información relativa a las personas que vayan a ser trasladadas³⁴⁵.

³⁴⁴ Capítulo 7 Responsabilidades del examen de las solicitudes de asilo. Artículos 28-38 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990.

³⁴⁵ Art. 14 y ss. RELOEX

TÍTULO II. EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS

1.1. La extranjería en la Constitución española de 1978

El art. 35 de la CE reconoce el derecho al trabajo a los españoles³⁴⁶. En su ámbito subjetivo no hace referencia a los extranjeros por lo que éstos no pueden exigir igualdad de trato respecto a los nacionales en el acceso al trabajo. Es por ello que el establecimiento de requisitos previos no sería contrario a la CE.³⁴⁷

Los derechos específicos que puede ostentar el trabajador extranjero derivan directamente del art. 13 CE el cual indica que, “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.”

Considerando la clasificación tripartita de derechos que ha llevado a cabo el TC, el derecho al trabajo de los extranjeros en nuestro país es un derecho de configuración legal que pertenecerá o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y la ley, siendo admisibles la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio³⁴⁸. Por lo tanto, el derecho al trabajo no pertenece por igual a nacionales y a extranjeros, puesto que no es considerado un derecho fundamental inherente a la dignidad humana.

Pero tampoco se trataría de un derecho exclusivo de los nacionales, según lo dispuesto en el art. 23 CE, en consecuencia, el derecho al trabajo se reconocerá a los extranjeros, tal y como señala el art. 13 CE, según lo

³⁴⁶ Art. 35.1 CE “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”

³⁴⁷ SERRANO ARGÜESO, M.; Las modificaciones de la ley de extranjería en los aspectos sociales ¿retroceso o adaptación al derecho europeo? En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, p. 406.

³⁴⁸ STC 107/1984, de 23 de noviembre. RTC 1984/107.

establecido en los tratados y la ley, siendo admisibles, en consecuencia, la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Establecer la forma y el contenido de los derechos de los inmigrantes tiene su base en la STC 107/1984, que establecía que, “La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, pues, a la Constitución.”

El TC otorga una libertad más amplia al legislador de la que correspondería ante un derecho fundamental, puesto que puede modular las condiciones de su ejercicio en función de la nacionalidad de los individuos “introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”³⁴⁹, aunque ha de recordarse que tal libertad no es ni absoluta ni ilimitada.³⁵⁰

No significa una desconstitucionalización del derecho al trabajo de los extranjeros, sino que, corresponde a los Tratados y la ley determinar las condiciones de su ejercicio: al legislar sobre el mismo se podrá modular o atemperar su contenido, aspecto que no resulta posible respecto de los derechos fundamentales.³⁵¹

Por otro lado, la STC 95/2000, ha expresado que los extranjeros gozan en nuestro país de los derechos que pertenecen a la persona como tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana³⁵² en igualdad de condiciones a los españoles.³⁵³

En el mismo sentido se ha manifestado el TS reconociendo que se trata de un derecho de configuración legal y queda supeditado al cumplimiento de los

³⁴⁹ STC 94/93 de 22 marzo. RTC 1993\94

³⁵⁰ RAMOS QUINTANA, M. I.; El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social. En AA.VV.; AJA, E. (Coord.); Los derechos de los inmigrantes en España. Tiran lo Blanch. Valencia. 2009, p. 354.

³⁵¹ RAMOS QUINTANA, M. I.; El derecho al trabajo..., op. cit., p. 355. Así lo establece el TC en su Sentencia 99/1985 de 30 septiembre. RTC\1985\99.

³⁵² Art. 10.1 CE

³⁵³ STC 95/2000 de 10 abril. RTC\2000\95.

requisitos establecidos tanto en la legislación interna como en los convenios aplicables.³⁵⁴

Una vez obtenido el trabajo, las condiciones laborales deberán ser iguales entre españoles y extranjeros en virtud del principio de no discriminación por razón de nacionalidad³⁵⁵. Así lo reconoce expresamente el TC: “la igualdad pretendida por la parte actora es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo...”, y en este supuesto, “...existe una disposición administrativa que, de acuerdo con la Ley de Extranjería, establece una situación de igualdad en favor de la demandante de amparo”.³⁵⁶

En conclusión, resulta admisible considerar el derecho al trabajo de los no nacionales “aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”.³⁵⁷

En todo caso, y aunque la desigualdad de trato en cuanto al acceso al empleo tiene cobertura constitucional, toda vez que se ha iniciado y formalizado la contratación estará prohibido cualquier criterio diferenciador o discriminatorio³⁵⁸ tal y como establece el TC³⁵⁹ y la ley³⁶⁰.

Pues bien, el legislador haciendo uso de la atribución concedida ha utilizado unos mecanismos de control respecto a la entrada y estancia en nuestro territorio por parte de extranjeros, los cuales tendrán una condición añadida si pretenden contratar válidamente una prestación de servicios laborales, que será la obtención de una autorización administrativa.

³⁵⁴ STS de 31 enero 1994. RJ 1994\546.

³⁵⁵ STC 107/1984 de 23 noviembre. RTC\1984\107.

³⁵⁶ STC 150/1994 de 23 mayo. RTC 1994\150.

³⁵⁷ STC 94/1993 de 22 marzo. RTC 1993\94.

³⁵⁸ RAMOS QUINTANA, M. I.; El derecho al trabajo..., op. cit., p. 357.

³⁵⁹ STC 107/1984 de 23 noviembre. RTC\1984\107.

³⁶⁰ Art. 17.1 ET “1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.”

Sin embargo, a pesar de la regulación a través de sucesivas normas y de criterios restrictivos en cuanto a la concesión de las autorizaciones de trabajo, hay un elemento que no podemos obviar y es que existen numerosas personas extranjeras en nuestro país que trabajan por cuenta ajena sin estar en posesión de la correspondiente autorización³⁶¹, situación que ha quedado siempre desatendida por parte del legislador como si tuviera miedo a regular la irregularidad. De ahí que sea necesario, como veremos, rellenar las lagunas de regulación.³⁶²

1.2. El Estatuto de los Trabajadores como marco general de la regulación legal de la extranjería

En el campo de la legalidad ordinaria, el art. 7.c) ET establece que los extranjeros pueden contratar “de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.” El primer problema a resolver es determinar la legislación específica sobre la materia a la que se debe acudir.

Al respecto se han defendido dos posturas claramente diferenciadas³⁶³: una de ellas se refiere a la capacidad de los extranjeros para celebrar válidamente un contrato de trabajo remitiendo a las normas de Derecho Internacional Privado³⁶⁴; la otra, se refiere a la capacidad para contratar la prestación de trabajo que tienen los que posean plena capacidad de obrar según lo dispuesto en el Código Civil³⁶⁵ que conforme al art. 322, establece que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones

³⁶¹ La carencia de la autorización puede deberse a diferentes motivos, por la falta de concesión inicial, por la caducidad sin haber procedido a la renovación, o su inadecuación para el trabajo o el territorio para el que se expidió.

³⁶² NAVARRO AMARO, S.; Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2009, pp. 34- 35.

³⁶³ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 130.

³⁶⁴ MOYA ESCUDERO, M.; “La capacidad del trabajador extranjero en derecho internacional privado español”. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 10 1982. Civitas. Madrid. 1982, p. 232. Igualmente, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.; Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo. CES. Madrid. 2003, p. 64.

³⁶⁵ Art. 7 ET Podrán contratar la prestación de su trabajo:” a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil”.

establecidas en casos especiales por este Código”, donde se refiere tanto a nacionales como extranjeros.

A nuestro juicio, el apartado c) del art. 7 ET alude expresamente a estos últimos pues remite a las normas de extranjería³⁶⁶.

Esta segunda posición es la que parece más razonable, siendo seguida en mayor medida tanto por la doctrina³⁶⁷ como por la jurisprudencia.³⁶⁸

En consecuencia, no estaríamos hablando de una falta o no de capacidad para contratar, sino de mecanismos de control para acceder al mercado de trabajo³⁶⁹, como veremos a continuación.

1.3. La normativa específica en materia de extranjería: Evolución y normativa actual

Se han sucedido a lo largo del tiempo diferentes normas sobre extranjería, siendo una característica común a todas que para trabajar, el extranjero siempre ha necesitado el permiso de residencia o la autorización administrativa para trabajar³⁷⁰. La ausencia de tales requisitos ha derivado en diversas consecuencias³⁷¹.

³⁶⁶ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 131.

³⁶⁷ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; “Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso”. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral nº 120 2000. Ciss Praxis. Valencia, 2000, pp. 29-30.

³⁶⁸ SSTs de 23 febrero 1983 RJ 1983\849, de 30 octubre 1985 RJ\1985\5246, de 20 noviembre 1985 RJ\1985\5821, de 20 octubre 1986 RJ 1986\5859. Especialmente importante es la STS de 21 de marzo de 1997 RJ 1997/3391. Como indica NAVARRO AMARO, S.; esta postura resulta contradictoria pues como veremos más adelante la nulidad del contrato sin autorización, en ocasiones, se ha defendido sobre la base de una supuesta falta de capacidad del extranjero para contratar. Sobre los efectos..., op. cit., p. 37.

³⁶⁹ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., pp. 134-135.

³⁷⁰ La denominación “permiso de trabajo” ha dejado paso a “autorización para trabajar” en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 12 de diciembre de 2009.

³⁷¹ NAVARRO AMARO, S.; Sobre los efectos..., op. cit., pp. 37 y ss.

El Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulan el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España³⁷², en su art. 7 exponía que “Si el extranjero pretendiera trabajar por cuenta ajena, precisará haber suscrito previamente un contrato de trabajo, cuya validez se condiciona a su visado por la Delegación de Trabajo de la Provincia en la que tenga su residencia la Empresa que le hubiere contratado y a la expedición del Permiso de Trabajo.” En caso de incumplimiento se imponía una multa³⁷³.

El RD 1031/1980 de 3 de mayo por el que se regula el procedimiento de concesión y prórroga de los permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros³⁷⁴, sustituyó al anterior y mantenía la exigencia del permiso de trabajo aunque hacía desaparecer las consecuencias por la carencia del mismo en el supuesto del contrato celebrado por un extranjero sin permiso.³⁷⁵

1.3.1. LO 7/1985: La expulsión del trabajador sin autorización administrativa

La primera norma de rango legal en materia de extranjería de la que podemos hablar es la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España³⁷⁶, que estableció en su art. 15 que, “Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento correspondiera al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años.”

³⁷² BOE de 14 de agosto de 1968. Disposición derogada.

³⁷³ Art. 46 del Decreto 1870/1968, señalaba que “El incumplimiento de los preceptos contenidos en el presente Decreto será sancionado con multa de mil a veinticinco mil pesetas por cada infracción en que se incurra y según la gravedad de la misma. El abono de las multas se efectuará en papel de pagos al Estado. El empresario que autorizara la iniciación del trabajo de un extranjero sin haber obtenido previamente el correspondiente permiso de trabajo, incurrirá en infracción de grado máximo.”

³⁷⁴ RLC 1980/1207. BOE de 31 de mayo de 1980. Disposición derogada.

³⁷⁵ NAVARRO AMARO, S.; Sobre los efectos..., op. cit., p. 38.

³⁷⁶ RLC 1985/1591 BOE de 3 de agosto de 1985. Vigente hasta el 1 de febrero de 2000. En adelante LOEx 7/1985.

En caso de incumplimiento o la falta del permiso supondría la expulsión del trabajador³⁷⁷ y la sanción al empresario³⁷⁸.

El acceso al trabajo dependía de una estricta técnica autorizatoria, basándose en la capacidad para contratar del artículo 7 ET³⁷⁹. Y alrededor de ello giraría la teoría, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, de la nulidad del contrato cuando el extranjero carecía de autorización, ya que en relación a ciertos derechos como pueden ser los colectivos y al nexo entre titularidad y residencia legal, aparece la idea de que el trabajo no autorizado no genera ningún derecho para el ordenamiento jurídico.

En definitiva, para poder acceder el extranjero a un empleo, la solicitud se sometía a un régimen de autorización administrativa previa que sustancialmente se basaba, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, en la presentación de un contrato de trabajo por escrito o una justificación documental del compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo (si era de vigencia limitada, era susceptible de renovación y de nuevas concesiones). Una vez terminada la vigencia del permiso de trabajo, el trabajador extranjero podía permanecer en España con un permiso de

³⁷⁷ Art. 26.1.b) LOEx 7/1985. “Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuenten con permiso de residencia válido”.

³⁷⁸ Art. 28 LOEx 7/1985 “Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros, sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurrirán en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado. Las infracciones se tipificarán, en todo caso, como muy graves, y se sancionarán conforme establece el artículo 57 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. 2. El incumplimiento de las normas aplicables según la respectiva actividad, conforme a lo previsto en el artículo 17.3, será sancionado por los Ministros u Organismos competentes, de acuerdo con su legislación específica.”

³⁷⁹ Art. 7 ET. “Podrán contratar la prestación de su trabajo: ... c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.” La mayoría de las sentencias con base en este artículo sostenían la nulidad como consecuencia de la falta de capacidad del extranjero sin autorización para trabajar, SSTS, de 2 de noviembre de 1983, RJ 1983/5562; de 30.10.1985, RJ 1985/5246; de 28.04.1986, RJ 1986/2258; de 20.10.1986, RJ 1986/5859; de 11.12.1987, RJ 1987/8890 y SSTSJ Madrid de 04.04.1993, AS 1993/1944, Canarias/Las Palmas de 19.04.1994, AS 1994/1514 y de 04.05.1995., RJ 1995/2059. Andalucía/Sevilla de 15.01.1998, AS 1998/214 y C. Valenciana de 04.03.1998, RJ 1998/5640.

residencia,³⁸⁰ o buscar un nuevo empleo y solicitar el correspondiente permiso de trabajo, es decir, el extranjero que no había obtenido el permiso de trabajo no estaba afectado por la imposibilidad absoluta para trabajar³⁸¹.

En definitiva, conectado con el art. 6.1 del CC que establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas, se mantuvo durante bastante tiempo la nulidad del contrato de trabajo basado en la obligación de autorizar el trabajo prestado por el extranjero. Dicha consecuencia favoreció a los empresarios cuando España se transforma en un país receptor de inmigrantes. El TC tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión siendo exponente del criterio mantenido en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que se cuestionaba si se debían considerar vulneradores del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE en relación con los arts. 13 y 35, las sentencias que declaraban la nulidad de los contratos de trabajo celebrados por el extranjero carente de autorización de residencia que permite trabajar³⁸².

En virtud de esta normativa, el TS en su sentencia de 21 de marzo de 1997³⁸³, estableció que el contrato de trabajo sin la obtención del permiso de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo en base al art. 6.3 y 1275 CC, y al art. 7 ET, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9 ET conforme al cual el trabajador, en tales circunstancias, carecía de acción para reclamar por despido frente al empresario, teniendo únicamente la posibilidad de exigir la remuneración por el trabajo que hubiera realizado.³⁸⁴

³⁸⁰ Art. 19.2 LOEx 7/1985. "Cuando los titulares de un permiso de trabajo no puedan obtener su renovación, o ésta les sea denegada, deberán, si desean permanecer en España, solicitar el correspondiente permiso de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la presente Ley."

³⁸¹ TOLOSA TRIBIÑO, C.; "Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de extranjería". Relaciones Laborales Revista crítica de teoría y práctica. nº 1, 2000. La Ley. Madrid. 2000, pp. 790 y ss.

³⁸² SÁNCHEZ PÉREZ, J.; El accidente de trabajo del inmigrante "sin papeles". En AA.VV.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A y MORENO VIDA, M. N. (Dir.); Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica. Comares. Granada. 2011, pp. 663-667.

³⁸³ RJ 1997\3391.

³⁸⁴ Al respecto, SEMPERE NAVARRO, A. V.; "Accidente laboral de extranjero sin permiso". Repertorio de Jurisprudencia nº 13/2003 parte Comentario. Aranzadi. Pamplona. 2003.

Ello no significa dotar de mayor estabilidad y seguridad, es decir, mejorar la situación del inmigrante³⁸⁵. No obstante, sí constituye una clara oportunidad para modificar y actualizar la política de extranjería, representando un importante avance. Sin embargo, dejaba ciertas carencias y deficiencias lo que requería una reforma de mayor alcance que incluía modificar la LO 7/1985³⁸⁶.

Así se inició el proceso por el que nació la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁸⁷.

1.3.2. LO 4/2000: La validez del contrato de trabajo sin autorización administrativa

La inmigración masiva, unida a la expansión económica, llevó a poner de manifiesto cómo la declaración de nulidad de los contratos de trabajo celebrados con extranjeros contribuía a la utilización, por parte de los empresarios, de mano de obra extracomunitaria e indocumentada, provocando un rápido y grave aumento de la economía irregular que se nutría de fuerza de trabajo inmigrante en situación irregular, con gran volumen de mano de obra a costes laborales muy reducidos. En consecuencia, la situación creada provoca o provocó denuncias claras y directas propiciando la aparición de la LO 4/2000, la cual contribuye de manera importante a un cambio de orientación sobre la validez y eficacia del contrato de trabajo celebrado por un extranjero sin la correspondiente autorización para trabajar. Se alcanza, con ello, una dulcificación a la hora de considerar los efectos de este contrato, y disminuye el rigor a la hora de sancionar las prestaciones del inmigrante irregular. Así, se pasa de una sanción de expulsión, a la calificación de la conducta como

³⁸⁵ CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros. Aranzadi. Pamplona. 2000, p. 28.

³⁸⁶ RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 863.

³⁸⁷ BOE de 12 de enero de 2000. En adelante LO 4/2000.

atentatoria al orden público laboral, considerándose como una infracción leve que es acompañada por sanciones constitutivas de multa.³⁸⁸

La entrada en vigor de la LO 4/2000, transforma el panorama existente, comenzando por el propio título de la norma en el que se hace referencia a la integración social de los inmigrantes. Supone una norma de orientación social con el objetivo primordial de facilitar la estabilidad y regularidad de los extranjeros, además de garantizar la aplicación del principio de igualdad en los terrenos que conforman esta disciplina y, en particular, en el entorno laboral³⁸⁹. Un nuevo escenario en el que el principio de igualdad entre todos ellos alcanza cotas hasta ahora desconocidas, porque unos y otros son titulares de los mismos derechos fundamentales, sólo matizados, en su caso, respecto de los últimos en concretas y limitadas situaciones³⁹⁰. Una “ley conformadora (...) de un amplio marco de derechos para los extranjeros desde las posibilidades de desarrollo que ofrece el artículo 13.1 de la Constitución española”, sobrepasando incluso las decisiones del TC³⁹¹, y que superaba la barrera que diferenciaba entre “legales” e “ilegales” y que fue objeto de importantes críticas a la anterior LO de 1985³⁹².

En esta nueva LO se contemplaría un principio de realidad en virtud del cual, no se admitiría diferencias en razón de la nacionalidad, ya que de la materialidad del trabajo realizado deriva el goce de todos los derechos derivados del trabajo, entre ellos, los derechos colectivos y de Seguridad Social³⁹³.

Se caracterizaba, en suma, por ser una norma aperturista, abierta y social.

³⁸⁸SÁNCHEZ PÉREZ, J.; El accidente de trabajo..., op. cit., p. 665.

³⁸⁹MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales en las leyes de extranjería. En SERRANO GARCÍA, J.M. y MENDOZA NAVAS, N.; Estudios sobre extranjería. Bomarzo. Albacete. 2005, p. 70.

³⁹⁰LUJÁN ALCARAZ, J.; “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000 72 y 209)”. Aranzadi Social vol. V parte Tribuna. Aranzadi. Pamplona. 1999.

³⁹¹RAMOS QUINTANA, M. I.; El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios..., op. cit., p. 496.

³⁹²RAMOS QUINTANA, M. I.; “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”. Revista de Derecho Social. nº 42. 2008, p. 47.

³⁹³BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y Derechos Sindicales. Un análisis..., op.cit., p. 23.

La LO 4/2000 caminaba en la lógica básica de la extranjería como es entrada con visado, permanencia mediante autorización y trabajo mediante permiso³⁹⁴.

En la citada nueva Ley aparece reconocido por primera vez al extranjero el derecho al trabajo, es decir, en la anterior LO 7/1985, se establecía la forma de obtener el permiso para trabajar y ahora se recoge el derecho al trabajo como tal³⁹⁵.

Así, el art. 10 establece que “los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen.” En el apartado segundo del mismo precepto se recoge la posibilidad de que los extranjeros presten servicios como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, pudiendo presentarse a las ofertas públicas de empleo que se convoquen por éstas, como tendrá ocasión de analizarse en próximos apartados.

1.3.3. LO 8/2000: La contrarreforma y el paso atrás

No obstante, en ese mismo año se produce una contrarreforma de la ley de extranjería, apareciendo la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁹⁶ que supone una vuelta atrás en algunos derechos al introducir una serie de recortes respecto de determinados derechos reconocidos a los extranjeros en la regulación anterior.

La contrarreforma tiene lugar tras la llegada del partido Popular al Gobierno en el año 2000, disfrutando de la mayoría absoluta en el Congreso de los

³⁹⁴ CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones..., op. cit., p. 22. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Los dilemas..., op. cit., p. 157.

³⁹⁵ SERRANO ARGÜESO, M.; Las modificaciones..., op. cit., p. 407.

³⁹⁶ BOE de 23 de diciembre de 2000. En adelante LO 8/2000.

Diputados, lo cual favoreció la aparición de la LO 8/2000 que derivaba en una redefinición del modelo migratorio contenido en la LO 4/2000, recortando el catálogo de derechos reconocidos a los extranjeros en España, en particular, a los trabajadores inmigrantes, fortaleciendo el aparato sancionador y disminuyendo el marco de garantías legales que para el ejercicio de sus derechos había establecido la regulación anterior.³⁹⁷

Conforme al art. 36.1 “Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar”³⁹⁸.

El art. 36 LO 8/2000 incorpora una norma revolucionaria como pocas en nuestro Derecho de Extranjería al establecer que: “3. Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Finaliza este precepto con la teoría anterior que establecía la nulidad del contrato celebrado con el extranjero sin la correspondiente autorización.³⁹⁹

Así, en opinión de TARABINI CASTELLANI AZNAR, el artículo acaba *ex lege* con la doctrina jurisprudencial mediante la que los extranjeros en situación irregular sólo tenían derecho, en caso de cese, a la contraprestación por el

³⁹⁷ RAMOS QUINTANA, M. I.; La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La Ley. Madrid. 2010, p. 639.

³⁹⁸ Art. 36.1 LO 8/2000.

³⁹⁹ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Tirant lo Blanch. Valencia. 2002, p. 259. En relación a la nulidad del contrato, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; “Sobre la nulidad...”, op. cit., pp. 125 y ss.

tiempo trabajado en base al art. 9.2 ET, sin que pudieran percibir otros derechos derivados del contrato ni de su finalización.⁴⁰⁰

Sin embargo, la cautela nos exige matizar esta reflexión porque si de la compleja redacción del art. 36.3 LO 8/2000, puede derivarse la validez del contrato, también pueden derivarse otros elementos que modulen el alcance de la validez, pues con la expresión “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador...”, parece que el que carece de permiso es el empleador en vez del trabajador, aunque dicha falta pueda deberse a conductas empresariales⁴⁰¹.

En entonces vigente Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre⁴⁰², señalaba en el art. 80 a) la legitimidad del empresario para la solicitud; y en caso de renovación, la letra d) del mismo precepto, faculta al trabajador.

⁴⁰⁰TARABINI-CASTELLANI AZNAR. M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 259. Del mismo pensamiento RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, pp. 93 y ss. Y RAMOS QUINTANA, M.I.; El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios..., op. cit., pp. 489 y ss. En contra, CAIRÓS BARRETO, D. M.; La eficacia del contrato celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena en España. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, pp. 611 y ss. MOYA ESCUDERO, M.; Autorización para la realización de actividades lucrativas (Arts. 36.1 y 36.3). En AA.VV.; MOYA ESCUDERO, M. (Coord.); Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000). Comares. Granada. 2001, p. 220. Y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.; Notas sobre la nulidad “relativa” del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, pp. 783 y ss.

⁴⁰¹ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 260.

⁴⁰² BOE de 21 de julio de 2001.

La dificultad interpretativa del referido precepto conduce a algunos autores a considerar la imposibilidad de que el legislador pretenda la validez del contrato, debiéndose éste considerarse ineficaz⁴⁰³ o afectado de una nulidad relativa⁴⁰⁴.

Si el legislador ha pretendido, con el art. 36.3 LO 8/2000, que el extranjero tenga todos los derechos derivados del contrato, tendrían que incluir también los derechos en materia de Seguridad Social. Y con ello se busca reconocer los derechos derivados de la condición de trabajador.⁴⁰⁵ Así, este artículo implica que el contrato del trabajador sin permiso no es nulo, con lo tendrá derecho a las prestaciones derivadas de la Seguridad Social⁴⁰⁶.

No obstante, en relación al despido existen diferentes posturas.⁴⁰⁷

En definitiva, interpretando el art. 36.3 LO 8/2000 en coherencia con el resto del articulado legal, se respalda la validez del contrato celebrado por un extranjero en situación irregular, por lo que, en consecuencia, el extranjero tendrá derecho a que se le apliquen las normas que establece el ET derivadas de la relación entre las partes. Asimismo, el empresario para poder rescindir el contrato, deberá alegar alguna de las causas legalmente previstas en la Ley⁴⁰⁸.

1.3.4. LO 14/2003: La reforma de la autorización para trabajar

Sería un poco más tarde cuando la Ley Orgánica 14/2003⁴⁰⁹ diera una nueva, y hasta hace poco vigente, redacción al art. 36, señala dicho precepto

⁴⁰³ CAIRÓS BARRETO, D. M.; La eficacia del contrato..., op. cit., p. 615.

⁴⁰⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.; Notas sobre la nulidad "relativa"..., op. cit., p. 789.

⁴⁰⁵ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 265.

⁴⁰⁶ CAIRÓS BARRETO, D. M.; La eficacia del contrato..., op. cit., p. 615.

⁴⁰⁷ A favor, MOYA ESCUDERO, M.; Autorización para la realización..., op. cit., p. 220 y CAIRÓS BARRETO, D. M.; La eficacia del contrato..., op. cit., p. 615. En contra, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.; Notas sobre la nulidad "relativa"..., op. cit., p. 789.

⁴⁰⁸ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 267.

⁴⁰⁹ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE de 21 de noviembre de 2003. En adelante LO14/2003.

que “Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas 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.”

Esta redacción hace referencia a las responsabilidades en materia de Seguridad Social y la obtención de prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponder al trabajador extranjero, lo cual se traduce en el último eslabón en la cadena de modificaciones normativas sobre la cuestión⁴¹⁰, hasta la última modificación en materia de extranjería con la LO 2/2009, que analizaremos a continuación.

Con la LO 14/2003, se establece un cambio de denominación del tradicional permiso de trabajo, que pasa a llamarse “autorización para trabajar”.⁴¹¹

El TS tuvo que resolver varios recursos de casación y la unificación de doctrina sobrevino en este año 2003, cuando la Sala Cuarta en tres Sentencias declaró que el contrato no es nulo a la luz del nuevo precepto legal y que, en consecuencia, al trabajador extranjero le corresponde la protección legal inherente de todo contrato de trabajo. Así, la nueva doctrina jurisprudencial estimó que los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores inmigrantes carentes de autorización para trabajar son responsabilidad del empresario⁴¹².

⁴¹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.; “Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social cambios jurisprudenciales, cambios legales”. Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. n 16, 2003. Ciss Praxis. Valencia. 2003, pp. 5-9.

⁴¹¹ Disp. Ad. Única.

⁴¹² SSTs de 9 de junio y de 7 de octubre de 2003.

Así se configuró la piedra angular para la modificación del contenido literal del art. 36.3 LO 14/2003, heredero de la reforma introducida por la LO 8/2000⁴¹³.

1.3.5. La reforma vigente: la LO 2/2009 y el endurecimiento de los requisitos para el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴¹⁴, supone un endurecimiento de los requisitos de acceso de los extranjeros al mercado de trabajo español, ya que la reforma ha caminado hacia una regulación más exigente y restrictiva en cuanto al acceso de este colectivo al trabajo. Una de las razones principales para ello tiene que ver con la situación de falta de empleo como consecuencia de la grave crisis económica que se impuso en España a partir de 2008⁴¹⁵. Recuérdese que, la autorización de trabajo se conecta directamente con la situación nacional de empleo.

La LO 2/2009, incorpora, en el art. 10.1, el término “residentes” para que los extranjeros puedan ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena⁴¹⁶.

Conforme a la regulación anterior, la autorización inicial para trabajar sigue teniendo una “habilitación limitada” desde dos puntos de vista, temporal y profesional⁴¹⁷. Temporal porque se contempla como una limitación imperativa e inexcusable al tener una duración determinada de un año y, desde un punto de vista o carácter profesional y/o territorial porque, aunque vinculada también al territorio, puede estar circunscrita a un ámbito geográfico y sector de la

⁴¹³ RAMOS QUINTANA, M. I.; La aclaración legal..., op. cit., p. 641.

⁴¹⁴ BOE de 12 de diciembre de 2009. En adelante LO 2/2009.

⁴¹⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 619.

⁴¹⁶ Art. 10. LOEx. “1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.”

⁴¹⁷ Art. 63.5 RELOEx.

actividad determinado⁴¹⁸. Esta segunda característica no queda afectada en caso de renovación pues ya no estará condicionada a un territorio o actividad profesional determinada⁴¹⁹.

1.3.5.1. Nuevas limitaciones funcionales y geográficas

El establecimiento de estas limitaciones funcionales y geográficas a la autorización de trabajo inicial tiene como consecuencia dificultar la movilidad de los trabajadores extranjeros, pues cualquier vicisitud en la relación de trabajo que provoque su extinción *ante tempus* respecto a la autorización inicial concedida, les cierra posibilidades de acceder a una contratación laboral en sector productivo diferente o en zona geográfica distinta, salvo que se conceda, de forma excepcional, la modificación de la autorización inicial, tal y como expone el art. 99.1 RLOEx.⁴²⁰

Por otro lado, la última reforma de la LO, señala que la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, “se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente.”⁴²¹

Podemos destacar que el límite geográfico (ámbito no superior al de una Comunidad Autónoma) y temporal se imponen de manera imperativa. En consecuencia, los citados límites no quedan sujetos a la discrecionalidad de la Administración, sino que deben establecerse por Ley. Ello refuerza la funcionalización de las autorizaciones de trabajo a la política de empleo, además de introducir importantes límites a la posibilidad de que el trabajador extranjero pueda competir de forma más amplia con la mano de obra nacional o comunitaria⁴²². Esta exigencia se refuerza con la nueva redacción del art. 52

⁴¹⁸GARCÍA MURCIA, J. y CEINOS SUÁREZ, A.; Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. En AA.VV.; RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.); Comentarios al Reglamento de Extranjería. Lex Nova. Valladolid. 2007, pp. 326-327.

⁴¹⁹Art. 71 RELOEx.

⁴²⁰RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 20.

⁴²¹Art. 37.2 LO 2/2009.

⁴²²FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 621.

LO 2/2009, el cual introduce dos nuevas infracciones: una para el trabajador extranjero y otra para el empleador. Así, para el primero, se establece que debe “encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular”⁴²³ y, otra para el empleador que consiste en la “contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados”.⁴²⁴

1.3.5.2. Las contrataciones “en origen”

Debe destacarse, no obstante, que el modelo normativo sigue teniendo su base en la contratación “en origen”, mediante el que la concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial, se fundamentará “en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país”, y “verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya eficacia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social”.⁴²⁵

Respecto al empleador, el art. 36.4 LO 2/2009 establece que, para la contratación de un extranjero, “deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo”, y “en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización”.

⁴²³ Art. 52. d) LO 2/2009

⁴²⁴ Art. 52.e) LO2/2009.

⁴²⁵ Art. 38.3) LO2/2009.

2. “CONTRATO DE TRABAJO” Y “RELACIÓN DE TRABAJO” COMO EJES DEL TRABAJO DE EXTRANJEROS

Como hemos apuntado en capítulos anteriores, el objeto del Derecho del Trabajo consiste en la ordenación de las relaciones jurídicas surgidas con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero, también denominado empleador⁴²⁶.

Estas son precisamente, las notas características recogidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores al exponer que, “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

En consecuencia, el extranjero en cuanto sea trabajador, es decir, reúna las notas esenciales citadas con anterioridad, se encontrará sujeto al Derecho del Trabajo y la integración social del trabajador migrante que se traslada de un país a otro en busca de trabajo requiere de cohesión social. El reconocimiento y efectivo disfrute de los derechos laborales y sociales es tan importante que llega a condicionar el verdadero goce de los demás derechos y libertades.⁴²⁷

El concepto de trabajador es una presunción *iuris tantum*, por lo que si reúne las características establecidas en el art. 1.1 del ET, será considerado trabajador, y entre éste y el empleador habrá una relación laboral, con independencia de que exista realmente un contrato de trabajo, entendido como el papel físico que contempla las condiciones pactadas y firmadas. La presunción de laboralidad se recoge en el art. 8 ET al señalar que, “El contrato

⁴²⁶ El artículo 1 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 se considera clave a los efectos de determinar el concepto de trabajador, pues en el mismo «se agrupan, por vez primera, los tres presupuestos sustantivos de la relación laboral, a saber, la dependencia, la ajenidad la remunerabilidad». DE LA VILLA GIL, L.E., “El Concepto de Trabajador”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100/2000. Aranzadi. Navarra, p. 40.

⁴²⁷ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 16.

de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.”

En consecuencia, aunque no exista contrato de trabajo físico, habrá relación laboral si el trabajador voluntariamente presta servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero. Téngase en cuenta que el trabajador se encuentra subordinado al poder del empresario el cual tiene la facultad de impartir órdenes que el trabajador está obligado a cumplir, siempre y cuando las órdenes se ajusten a la ley y a lo pactado en el contrato, si es que este existe. Esta relación laboral se configura en el momento en que se presentan las características del art. 1.1 ET.

Por lo que bastará que se presenten los citados requisitos para estar sujeto a la protección de la normativa laboral. La relación laboral va más allá del contrato de trabajo, puesto que la ausencia o existencia de este, en nada afecta a la relación laboral. El contrato de trabajo es un formalismo en el cual se pactan ciertas condiciones pero que en ningún momento afectan a la relación laboral, toda vez que esta se da por sí misma.

En definitiva, el extranjero en situación irregular podrá estar sujeto, si cumple las condiciones, a una relación laboral y se desplegarán los efectos que le son propios.

2.1. Actos previos para la celebración de un contrato de trabajo

Partiendo de la base de que se cumplen los requisitos generales que establece el CC para contratar⁴²⁸, en el caso de los extranjeros, la normativa

⁴²⁸ Art. 1261 CC “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º Causa de la obligación que se establezca.”

requiere un condicionante más que es una autorización administrativa para contratar.

2.1.1. La autorización para trabajar

El art. 36.3 LO 14/2003, en su versión anterior a la reforma llevaba a cabo por la LO 2/2009, señalaba que, “Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo”. La inclusión de este precepto supuso una clarificación importante sobre el sujeto obligado a solicitar la autorización de trabajo inicial por cuenta ajena. Con ello, el empresario, a efectos de responsabilidades, no podía acogerse al desconocimiento de la carencia por parte del trabajador extranjero, de la correspondiente autorización administrativa⁴²⁹.

Se trata de una autorización “para actividades lucrativas”, que se exige a los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier tipo de actividad lucrativa, laboral o profesional, la cual habilita “al extranjero para residir durante el tiempo de vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado”.⁴³⁰

Esta exigencia encadena con el art. 10 LO 8/2000, el cual reconocía a los extranjeros el derecho a ejercer una actividad remunerada, por cuenta propia o ajena, pero siempre y cuando reúnan los requisitos previstos en la propia Ley Orgánica de Extranjería y sus disposiciones de desarrollo.

En consecuencia, salvo que el extranjero no comunitario, extracomunitario o nacional de un tercer país, se encuentre en situación de residencia

⁴²⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo inicial. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La Ley. Madrid. 2010, p. 615.

⁴³⁰ Art. 36.1 LO 14/2003.

permanente⁴³¹ que autoriza a residir y trabajar⁴³² en España indefinidamente en igualdad de condiciones que los españoles, si desea realizar actividades laborales, en nuestro país, requiere de una autorización de trabajo, que generalmente suele ir unida a la situación de residencia temporal, ya que la sola situación administrativa de estancia no autoriza para trabajar⁴³³, con la salvedad del visado para la búsqueda de empleo⁴³⁴. En consecuencia, si hablamos de trabajar, será necesaria la autorización de residencia temporal y trabajo⁴³⁵.

2.1.2. El visado de empleo

El visado de empleo constituyó una figura novedosa introducida por la LO 14/2003, para ayudar a canalizar los flujos migratorios. No obstante, el reconocimiento de dicho cauce de incorporación al mercado de trabajo español de mano de obra extranjera, presentaba carácter residual e importantes limitaciones desde el punto de vista subjetivo, objetivo y temporal⁴³⁶.

⁴³¹ La LO 2/2009, la residencia permanente pasará a denominarse residencia de larga duración.

⁴³² Art. 32. Residencia permanente. 1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. 2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

⁴³³ Art. 30. Situación de estancia. “1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días. 2. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia. 3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses. 4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses.”

⁴³⁴ Art. 39. El contingente de trabajadores extranjeros. “3. El contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen.”

⁴³⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 616.

⁴³⁶ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: Nuevas vías y modalidades de contratación”. Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. nº 23, 2005. Ciss Praxis. Valencia. 2005, p. 32.

Este visado otorga la posibilidad de desplazarse a España en busca de trabajo por un período de tiempo no superior a tres meses⁴³⁷ y en caso de hallar un empleo, el titular del mismo tendrá derecho a la autorización de trabajo.

La citada autorización tiene un *carácter bifronte*. Viene conectada con la persona del trabajador, pues forma parte de su documentación y es una condición para que pueda trabajar en España⁴³⁸, pero si se trata de un trabajo por cuenta ajena, el empresario será el obligado a solicitarla cuando estemos ante una autorización inicial⁴³⁹, siendo el único documento o requisito que se debe cumplir para poder celebrar el contrato⁴⁴⁰.

Al tener como destino a los extranjeros que residan fuera de España, es obligación la solicitud y obtención del correspondiente visado, que es condición *sine qua non*, para entrar en nuestro país⁴⁴¹.

2.1.3. La oferta de trabajo y el precontrato de trabajo

La reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, admitía tanto el contrato de trabajo como la oferta de trabajo, algo que se deducía de una previsión asistemática, ya que, al regular las renovaciones de la autorización de trabajo, se decía expresamente que éstas procederían si “persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial”⁴⁴². Siendo el desarrollo reglamentario el que precisaba los requisitos concretos necesarios

⁴³⁷ Art. 39.3 y 4 LO14/2003.

⁴³⁸ Art.36.1 LO14/2003.

⁴³⁹ Art. 36.4 LO14/2003.

⁴⁴⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.; Las autorizaciones de trabajo. En SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (Coord.); Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios). Librero-Editor. Murcia. 2005, p.504.

⁴⁴¹ Art. 4 RELOEx.

⁴⁴² Art. 38.3 LO8/2000 “El permiso de trabajo se renovará a su expiración si: a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente.”

para la obtención del permiso de residencia y trabajo. Del RD 864/2001⁴⁴³, se desprendía que eran documentos hábiles para obtener una autorización de residencia y trabajo, tanto el contrato de trabajo como la oferta de contrato. El posterior RD 2393/2004⁴⁴⁴, establecía que la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá acompañarse del contrato de trabajo “o la oferta de empleo en el modelo oficial establecido”, lo que permitiría el control de las condiciones de trabajo a las que se somete la prestación de servicios y que tendrá que ajustarse a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad⁴⁴⁵.

Sin embargo, el vigente Real Decreto 557/2011⁴⁴⁶, requiere para la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, original y copia del contrato, entre otros requisitos documentales⁴⁴⁷, y para la renovación de la citada autorización se debe disponer de un nuevo contrato, entre otros requisitos⁴⁴⁸. La renovación de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, tendrá una duración de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, y permitirá al extranjero el ejercicio de una actividad laboral en cualquier parte del territorio nacional. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior. Una vez notificada la resolución favorable, el extranjero deberá solicitar en el plazo de un mes la Tarjeta de Identidad de Extranjero.⁴⁴⁹

⁴⁴³ Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. RCL 2001\1808. Aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22-12-2000 (RCL 2000\2963 y RCL 2001\488). Art. 74.1.b)

⁴⁴⁴ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. RCL 2005\29 Aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000 (RCL 2000\72, 209), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Art. 51.2 b)

⁴⁴⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 618.

⁴⁴⁶ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. RCL 2011\81. Aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, de 11-12-2009. En adelante RELOEx'11.

⁴⁴⁷ Art. 67.2.b) RELOEx'11

⁴⁴⁸ Art. 71.2 RELOEx'11

⁴⁴⁹ Art. 72 RELOEx'11

En definitiva, la obtención de la autorización de trabajo era menos rígida en normas precedentes, pues cabía la posibilidad de la “oferta de empleo”. La intención del legislador ha sido, sin duda, reformar las exigencias que deben cumplir los extranjeros, no comunitarios o nacionales de un tercer país, para acceder a nuestro mercado de trabajo y buscar la seriedad de los empresarios con vista a la contratación laboral⁴⁵⁰.

A partir de la reforma de la LO 2/2009, ya no se admitiría la mera oferta de trabajo, pues necesitaría *a posteriori* el consentimiento del trabajador extranjero para perfeccionar el contrato de trabajo por su carácter consensual.⁴⁵¹ Igual ocurre con el precontrato de trabajo al consistir en una promesa de un futuro empleo⁴⁵².

No obstante, para paliar el rigor de la norma, podrían haberse admitido los precontratos de trabajo, pues la garantía del compromiso empresarial de contratación, debería ser considerado como documento suficiente. En este contexto encontramos la nueva infracción calificada como muy grave del art. 54.1.f) LO 2/2009, que establece que, “Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.”⁴⁵³

El empleador tiene que cumplir un requisito más, que es presentar “un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.”⁴⁵⁴ Se trata de una exigencia lógica pues el presupuesto de la autorización es la necesidad de un trabajo. Parece que se trata de una “salvaguarda del contrato

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., pp. 618-619.

⁴⁵¹ Art. 1261 CC “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca.”

⁴⁵² AA.VV, VIDA SORIA, M. N., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; Derecho del Trabajo. Comares. Granada. 2009

⁴⁵³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 622.

⁴⁵⁴ Art. 64.3.b) RLOEx

de trabajo, para que se mantenga durante toda la vida de la autorización de trabajo”. Aunque hay que tener en cuenta que no siempre se podrá asegurar la existencia de trabajo durante todo el período inicial de la autorización (un año), pues puede haber circunstancias durante el mismo, como puede ser que el contrato tenga una duración incierta , o tuviera prevista una duración menor, que la empresa recurra a sus facultades extintivas, entre otras causas⁴⁵⁵.

La finalidad de este requisito, según la doctrina, viene relacionada con la necesidad de evitar ofertas de trabajo fraudulentas con el objetivo de obtener la autorización inicial de residencia y trabajo que pueden esconder una oferta de trabajo inexistente alejando, de este modo, al trabajador extranjero de posibles situaciones de economía sumergida.⁴⁵⁶ Por otra parte, resulta difícil una interpretación absolutamente cerrada y estricta del precepto legal, en el sentido de plena garantía de “actividad continuada”, cuando si siquiera los nacionales tienen una cierta estabilidad en el empleo.⁴⁵⁷

Asimismo, las condiciones fijadas en el contrato de trabajo deben ajustarse “a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad.”⁴⁵⁸. Siendo causa de denegación no cumplir alguno de los requisitos que establece el RLOEx´11.⁴⁵⁹

La exigencia que establece el art. 64.3.c) RLOEx⁴⁶⁰ respecto a las condiciones fijadas en el contrato, especialmente en “el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual”, tiene su

⁴⁵⁵GARCÍA MURCIA, J. y CEINOS SUÁREZ, A.; Residencia temporal y trabajo..., op. cit., p. 335.

⁴⁵⁶RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 21.

⁴⁵⁷ GARCÍA MURCIA, J. y CEINOS SUÁREZ, A.; Residencia temporal y trabajo..., op. cit., p. 335.

⁴⁵⁸ Art. 64.3.c) RLOEx´11

⁴⁵⁹ Art. 69 RLOEx´11

⁴⁶⁰ Art. 64.3.c) RELOEx´11 “Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual.”

fundamento en controlar la contratación inicial y garantizar y hacer efectivo al principio de igualdad en la relación de trabajo de los extranjeros respecto a los nacionales⁴⁶¹ y, evitar así, situaciones de explotación de mano de obra inmigrante, mediante la comprobación de las condiciones de trabajo pactadas.⁴⁶²

Estaríamos ante una garantía de control de la solvencia empresarial y la verificación del correcto cumplimiento de la normativa laboral, evitando la utilización de mano de obra extranjera como segmento infraprotegido mediante conductas empresariales fraudulentas.⁴⁶³

Según establece el art. 38.3 LO 2/2009, “el procedimiento de concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial, sin perjuicio de los supuestos previstos cuando el extranjero que se halle en España se encuentre habilitado para solicitar u obtener una autorización de residencia y trabajo, se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya eficacia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social”. Debemos entender que se refiere a la “cobertura de un puesto vacante”, y no al “contrato de trabajo”, ya que esta interpretación, más amplia pero inadmisibles en la literalidad de la norma, alteraría la nueva redacción del art. 36.1 LO 2/2009.⁴⁶⁴

Por otro lado, el art. 38.4 LO 2/2009 contempla la posibilidad por parte del empleador de “comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad

⁴⁶¹ STC 107/1984

⁴⁶² RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 21.

⁴⁶³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 625.

⁴⁶⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 625.

de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes.”

Ello permite la frustración de las expectativas del extranjero ya contratado, lo que supone una desconcertante situación pues no estaríamos ante una fase pre-contractual, sino ante un contrato ya perfeccionado pero que no ha desplegado sus efectos, siendo lo más grave de la ordenación jurídica que no se haya previsto mecanismo indemnizatorio en estos supuestos para el trabajador extranjero que ha dejado su país con sus correspondientes actuaciones y gastos encaminados a una residencia y trabajo en nuestro país. La situación contemplada en la norma sería técnicamente una “extinción del contrato por voluntad del empleador”, pues el contrato de trabajo estaba ya perfeccionado⁴⁶⁵.

La causalidad no podría ser más laxa cuando se refiere a la desaparición de “la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud”, lo que parece aludir a razones de oportunidad o conveniencia de difícil control jurisdiccional. No se entiende la ausencia, por parte del legislador, del carácter causal de la extinción⁴⁶⁶ como una garantía que deriva del derecho al trabajo del art. 35 CE.

Compartimos la opinión por la cual esta circunstancia debe ser objeto de rechazo, pues incide en la segmentación laboral e *infra-estatuto de ciudadanía social* que se atribuye a los trabajadores extranjeros en España. La nueva técnica de flexibilidad laboral se ensaña, una vez más, con un colectivo débil.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., p. 626.

⁴⁶⁶ Arts. 49, 51 y 52 ET

⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; El contrato de trabajo..., op. cit., pp. 628-629.

En consecuencia, me inclino a pensar, que el incumplimiento de un contrato de trabajo donde la prestación de servicios no se ha hecho efectiva, ni ha llegado a tener virtualidad, puede servir de base para exigir las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios oportunas.⁴⁶⁸

Por otro lado, en cuanto a la renovación de la autorización de residencia y trabajo, señala el art. 38.6 LO 2/2009 que: “se renovará a su expiración: a) Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato.”⁴⁶⁹. Esta nueva redacción sustituye a la anterior en la cual se contemplaba la posibilidad de renovación si persistía o renovaba “el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente.”⁴⁷⁰

2.1.4. La potestad de las Administraciones Públicas en la concesión de la autorización para trabajar

En este contexto se plantea la cuestión de la si la potestad que tiene atribuida la Administración es discrecional, en cuanto a la apreciación de los requisitos necesarios para la autorización para trabajar o, por el contrario, se trata de un procedimiento reglado en el que aparecen conceptos jurídicos indeterminados respecto de los cuales podría resultar jurídicamente posible que la jurisdicción competente, pueda revisar la apreciación que sobre ellos ha llevado la Administración. La doctrina entiende que se trata de una presunción “iuris tantum”, que el recurrente podrá destruir si prueba la irrazonabilidad de la decisión administrativa. En cualquier caso, los límites entre la discrecionalidad de la Administración y los usos de conceptos jurídicos indeterminados resultan difíciles de determinar.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ STS de 30 marzo 1995. RJ 1995\235

⁴⁶⁹ Art. 38.6.a) LO 2/2009

⁴⁷⁰ Art. 38.3.a) LO 8/2000

⁴⁷¹ MORENO VIDA, M. N.; Artículo 36. Autorización para la realización de actividades lucrativas. En MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, J. L. (Dir.); Comentario a la Ley y al

En la práctica, tal y como expone CHARRO BAENA⁴⁷², la jurisprudencia no es unánime, pues en ocasiones se afirma que son potestades regladas⁴⁷³ y, en otras al contrario, que es discrecional.⁴⁷⁴ En cualquier caso, nuestra jurisprudencia reafirma que discrecionalidad no es arbitrariedad⁴⁷⁵, *por lo que se requiere la motivación que sostenga la decisión administrativa*⁴⁷⁶

2.2. Validez y eficacia del contrato de trabajo celebrado por un inmigrante irregular

Como hemos visto con anterioridad, la autorización administrativa constituye el requisito fundamental y previo para la realización por los extranjeros de una actividad laboral en España. Es, precisamente, la falta de la correspondiente autorización administrativa, el principal caballo de batalla en orden a la calificación que debe tener el contrato de trabajo suscrito por el trabajador extranjero.⁴⁷⁷

El incumplimiento del requisito administrativo de la autorización de estancia y residencia y trabajo en España, impide a los extranjeros ejercitar una serie de derechos que, por su naturaleza, no son compatibles con la situación de irregularidad, pero ello no significa que ante la falta de autorización administrativa, sean sujetos carentes de derechos. La ausencia del requisito de la regularidad “no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de personas”⁴⁷⁸. De forma

Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001, p. 577.

⁴⁷² CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones..., op. cit., pp. 48-49.

⁴⁷³ SSTS

⁴⁷⁴ SSTS

⁴⁷⁵ SSTS

⁴⁷⁶ CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones..., op. cit., p. 49

⁴⁷⁷ CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones..., op. cit., p. 131.

⁴⁷⁸ STC (Pleno) núm. 236/2007 de 7 noviembre. RTC 2007\236

paralela, la falta de autorización para trabajar no puede privar a los extranjeros de los derechos que la CE les otorga por su condición de trabajador⁴⁷⁹.

El concepto de trabajador constituye un criterio más para identificar los derechos laborales de los trabajadores extranjeros irregulares⁴⁸⁰. Derechos que derivarán de la validez de la relación laboral, en virtud del artículo 36.3 LOEx y de la nueva doctrina jurisprudencial⁴⁸¹.

El mencionado precepto resulta sumamente problemático⁴⁸² y a la vez, decisivo para reconocer plenitud de efectos al inmigrante irregular en lo que se refiere a la relación laboral desarrollada⁴⁸³. Ya que, aún con la defectuosa redacción del artículo y la escasa claridad de sus posteriores reformas y desarrollos reglamentarios, tanto el TS como el TC han reconocido a los extranjeros en situación irregular ciertos derechos laborales como de Seguridad Social, en base al concepto de trabajador⁴⁸⁴.

LO 4/2000 fue la que contribuyó decisivamente al cambio de orientación sobre la validez y eficacia del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular en España⁴⁸⁵. Como vimos en la primera redacción de la LO 4/2000⁴⁸⁶, y antes de la reforma por la LO 8/2000, había quienes consideraban

⁴⁷⁹ RAMOS QUINTANA, M. I.; La aclaración legal..., op. cit. p. 637.

⁴⁸⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., p. 515.

⁴⁸¹ NAVARRO AMARO, S.; Sobre los efectos..., op. cit., p. 44.

⁴⁸² CEINOS SUAREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 358. IGARTUA MIRÓ, M.T.; Extranjeros, autorización para trabajar y contrato de trabajo ¿cambios sustanciales tras la LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social?. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, p. 838.

⁴⁸³ BAYLOS GRAU, A.; Inmigración..., op.cit., p. 40.

⁴⁸⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., p. 505.

⁴⁸⁵ RAMOS QUINTANA, M. I.; La aclaración legal..., op. cit. p. 638.

⁴⁸⁶ Art. 33 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 12 de enero de 2000. "1. Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo. 2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen. 3. Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para

válido el contrato de trabajo del extranjero carente de autorización para trabajar al disponer la norma que, “la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.”⁴⁸⁷

La reforma operada por la LO 8/2000⁴⁸⁸ introdujo una pequeña modificación (aunque se sigue la misma línea anterior respecto a la validez del contrato), en la que se suprime la expresión “para contratos” que avalaba la interpretación por la cual “permiso de trabajo” del inmigrante y la “autorización” que debía obtener el empresario para contratar eran cosas distintas. En la misma dirección, la expresión “lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo” dejó claro que sólo hay una autorización para trabajar.⁴⁸⁹

La LO 8/2000 procedió, en realidad, a una redefinición del modelo migratorio, recortando el catálogo de derechos reconocidos a los extranjeros en España y, concretamente, a los trabajadores inmigrantes, fortaleciendo el aparato sancionador y disminuyendo las garantías legales para el ejercicio de los derechos.⁴⁹⁰

Conforme al art. 36.3 de la LO 8/2000, se habilitó la validez de los derechos derivados de la relación entre las partes. El extranjero, por tanto, tendrá derecho a que se le apliquen las normas sobre el contrato de trabajo que establece el ET, de lo que se extrae que el contrato surte efectos entre las

contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.”

⁴⁸⁷SEMPERE NAVARRO, A. V.; “Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo”. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 545. Aranzadi. Pamplona. 2002.

⁴⁸⁸ Art. 36 LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 23 de diciembre. “3. Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

⁴⁸⁹ALARCÓN CARACUEL, M. R.; Los derechos laborales individuales y de seguridad social de los inmigrantes. En Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. Madrid. 2006, p. 79.

⁴⁹⁰ TARABINI-CASTELLANI AZNAR. M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., pp. 258 y ss.

partes y que para rescindirlo, el empresario deberá alegar alguna de las causas previstas legalmente⁴⁹¹.

Con la posterior reforma operada por la LO 14/2003, la nueva redacción pretendía modificar la opinión mayoritaria de la denegación de efectos debido a la nulidad del contrato de un extranjero irregular⁴⁹², y no sólo conceder la validez al contrato a efectos laborales sino, también, en relación al reconocimiento de ciertas prestaciones de Seguridad Social⁴⁹³.

Con esta reforma se pretendía proteger al trabajador extranjero que carece de autorización administrativa, no siendo nulo el contrato y produciendo efectos tanto laborales como relativos a su protección social⁴⁹⁴. Así, se mantiene la validez del contrato de un modo exclusivo respecto a los derechos del trabajador extranjero, y el derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle directamente derivadas de las contingencias profesionales, fundadas en los convenios internacionales u otras que pudieran corresponderle⁴⁹⁵.

Siguiendo la línea de la validez del contrato, el Tribunal Supremo afirmó que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación,

⁴⁹¹ TARABINI-CASTELLANI AZNAR. M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 267.

⁴⁹²HIERRO HIERRO, F.J.; “La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia”. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 116. 2003. pp. 304 y ss. MARÍN MARÍN, J. y GALLEGO MOYA, F.; El trabajo de los inmigrantes..., op. cit., p. 31. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; “Sobre la nulidad...”, op. cit. Al respecto y con base en el artículo 7.c) ET, SSTS (Sala de lo Social) de 2 noviembre 1983, RJ 1983/5562, de 30 octubre 1985 RJ 1985/5246, de 28 abril 1986 RJ 1986/2258, de 20 noviembre 1985, RJ 1985/5821, de 20 octubre 1986, RJ 1986/5859. SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) de 15 enero, AS 1998/214, de C. Valenciana, (Sala de lo Social) de 4 marzo AS 1998/5640, y de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 4 mayo, AS 1995/2059, y de 19 abril de 1994, AS 1994/1514. Con base en el art. 6.3 CC, STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) de 15 septiembre. AS 2000/4585. Se declaraba la nulidad sin perjuicio de lo prescrito en el art. 9.3 ET, CAMÓS VICTORIA, I.; Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por los trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar. Relaciones Laborales. 1/2004, p. 553; STS (Sala de lo Social) de 21 marzo 1997 RJ 1997/3391. SSTSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) de 28 septiembre 1992, AS 1992/4224, de Cataluña, (Sala de lo Social) de 9 noviembre AS 1995/4446, y de 21 abril de 1995, AS 1995/1600.

⁴⁹³ROJO TORRECILLA, E. F. y CAMAS RODA, I. C. V.; El fenómeno de la inmigración y las políticas de empleo. En Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes. CGPJ. Estudios de derecho Judicial. Madrid. 2006, p. 259.

⁴⁹⁴TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 96

⁴⁹⁵TRIGUERO MARTÍNEZ, A.; La construcción del nuevo paradigma..., op. cit. PP??

un contrato nulo.” Reconociéndose también por los TSJ que el contrato de trabajo del extranjero en situación irregular es válido y eficaz, otorgando al trabajador los correspondientes derechos laborales⁴⁹⁶.

Aunque las opiniones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, seguían defendiendo la nulidad del contrato⁴⁹⁷, basándose en una interpretación literal del precepto, por el que la carencia de autorización invalidaba el contrato, pero dejando a salvo los derechos generados hasta ese momento para el trabajador, es decir, suponía obtener los derechos derivados del contrato hasta la constatación de la ausencia de autorización y, a partir de ese momento dejaba de tener validez por ser contrario a las reglas imperativas en materia de extranjería, pues de lo contrario se produciría un proceso de regularización tácito en virtud del art. 36.3 LOEX⁴⁹⁸.

Según VALDUEZA BLANCO, la exigencia de autorización administrativa previa es fundamental, ya que si se atribuye la misma naturaleza al contrato celebrado con o sin permiso, resultaría irrelevante la actividad autorizante de la Administración, y no tendría sentido sancionar la contratación de trabajadores en situación irregular⁴⁹⁹.

En cuanto a los derechos laborales del trabajador que se encuentra en situación irregular, “la mayoría de la doctrina de suplicación ha reconocido, después de la LO 8/2000, ciertos derechos a favor del trabajador derivados del despido”⁵⁰⁰. Además, el empresario cuando proceda a la extinción del contrato

⁴⁹⁶ SSTS de 9 de junio de 2003 RJ 3938, de 29 de septiembre de 2003 RJ 7446 y de 7 de octubre de 2003 RJ 6497; SSTSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 mayo de 2004, AS 2004/1652 y de Aragón, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 1 abril de 2004, AS 2004/3076. Al respecto de esta sentencia y del papel destacado de los Convenios y Recomendaciones de la OIT en el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social de los inmigrantes, FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.; “Reconocimiento...”, op. cit.

⁴⁹⁷ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 452. MONTOYA MELGAR, A.; El empleo..., op. cit., pp. 92 y ss. Y STSJ de Cantabria de 10 junio de 2003. AS 2003/3881.

⁴⁹⁸ MORENEO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ J.; El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España. En AAVV, *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea*. Profili giuridici. Cacucci Editore. 2007, p. 280.

⁴⁹⁹ VALDUEZA BLANCO, M.D.; El tratamiento..., op. cit., p. 279.

⁵⁰⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares. *Aranzadi Social*, num. 7/2004-8/2004.

de trabajo, deberá abonar las indemnizaciones correspondientes con el objeto de no beneficiarse de la nulidad del mismo⁵⁰¹.

El problema se centra en caso de improcedencia del despido pues la readmisión sería imposible como consecuencia de la ausencia del permiso de trabajo⁵⁰². Aunque la STS de 29 de septiembre de 2003⁵⁰³ confirma la STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2002⁵⁰⁴, en la que se declaró la nulidad de un despido durante el embarazo de la trabajadora extranjera irregular, condenando a la obligatoria readmisión y abono de salarios de tramitación, el TS en dicha sentencia argumentó que, “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo”, refiriéndose al art. 36.3 LO 8/2000.

En consecuencia, no sólo será posible calificar el despido como nulo sino, además, reclamar las consecuencias derivadas de tal calificación: la obligatoria readmisión (aunque esta cuestión no se encuentre “totalmente perfilada”), la condena de salarios y el mantenimiento en alta en seguros sociales durante el devengo de los salarios. Igual ocurriría en el supuesto de despido improcedente⁵⁰⁵.

También con independencia de la calificación del contrato, existen opiniones acerca de la no obligación del empresario de cotizar a la Seguridad Social con las consecuencias previstas sobre ello⁵⁰⁶. Podemos recordar en este punto la opinión de ALONSO PÉREZ, que expone que “el reconocimiento de tales derechos no es incompatible con la nulidad del contrato, sino que con lo que es irreconciliable es con la eficacia retroactiva que con carácter general debe

⁵⁰¹ MORENEO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ J.; El modelo de regulación..., op. cit., p. 282.

⁵⁰² STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002, AS 2002/1974.

⁵⁰³ RJ 2003/7446.

⁵⁰⁴ AS 2002/1993.

⁵⁰⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit.

⁵⁰⁶ CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (Coord.); Tratamiento jurídico..., op. cit., p. 265.

predicarse de la nulidad. Pero la declaración de invalidez del contrato no impide el mantenimiento de tales derechos a favor del trabajador si se considera que, en tal caso, dicha nulidad tiene efecto irretroactivo o ex nunc”. Opina esta autora que “se trataría de amparar al trabajador extranjero que presta sus servicios en el marco de un contrato nulo por carecer de permiso de trabajo”, aunque tiene en cuenta la buena fe del trabajador⁵⁰⁷.

Pero volviendo a los derechos que derivan de la relación laboral y del concepto de trabajador como tal, el contrato así celebrado tendrá plenos efectos en la esfera jurídica de los contratantes, como si de un contrato plenamente eficaz se tratase, (excepto los que fueran incompatibles con la falta de autorización). Y al ser considerado así, le corresponderán al trabajador todos los derechos previstos, tanto individual como colectivamente⁵⁰⁸.

En cualquier caso, se ha intentado resolver a favor de considerar que el contrato de trabajo sin la correspondiente autorización, no supondrá la nulidad del contrato de trabajo defendiéndose, tras la redacción dada por el art. 36.3 LO 8/2000, que el contrato de trabajo es válido y eficaz, y que el trabajador se encuentra en plenitud de derechos laborales⁵⁰⁹.

Por lo que, tras lo expuesto, y con la última reforma por la LO 2/2009, que sigue manteniendo la validez del contrato, podríamos concluir que el trabajador extranjero irregular será titular de los derechos laborales básicos derivados de la relación laboral, en virtud del art. 36.5 LO 2/2009⁵¹⁰. Entre ellos, los derechos

⁵⁰⁷ ALONSO PÉREZ, M. T.; “Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo (El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores a la vista del art. 36.3 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 138. 2008. Civitas. Aranzadi. Navarra. 2008, p. 361-362.

⁵⁰⁸ NAVARRO AMARO, S.; Sobre los efectos..., op. cit., p. 51.

⁵⁰⁹ MORENEO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ J.; El modelo de regulación..., op. cit., p. 281. En este sentido, STS de 9 de junio de 2003, RJ 2003/3936.

⁵¹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit. VELASCO PORTERO, M. T.; El derecho de sindicación..., op. cit., pp. 237-238. MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales..., op. cit., pp. 86-87. Sobre los efectos del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular, STS de 29 de septiembre de 2003. RJ/2003/7446.

colectivos y de seguridad social, como tendremos ocasión de ver con posterioridad.

Así, la nacionalidad del trabajador será un factor irrelevante porque el inmigrante, en cuanto trabajador, debe ver reconocidos los derechos sociales vinculados al trabajo y que le corresponden por tener tal condición. Además, la mayor parte de estos derechos sociales se reconoce en la CE y tienen como destinatarios a las personas. Las posibles modulaciones, restricciones o reservas para los extranjeros establecidas por el legislador se encuentran doblemente condicionadas por los Tratados Internacionales y por los mandatos constitucionales. Un doble condicionamiento que supone una equiparación entre trabajadores inmigrantes y trabajadores nacionales. Cuando el extranjero accede al mercado de trabajo y adquiere la condición de trabajador, es uno más y le corresponden los derechos derivados de esa condición. Esta postura se ve reforzada tanto por la CE como por la normativa internacional que intentan asegurar la igualdad de condiciones de trabajo del inmigrante con los nacionales para evitar la discriminación de los trabajadores extranjeros en sus condiciones de trabajo⁵¹¹. El predominio de aspectos administrativos sobre los de trabajo, no puede desconocer que éstos, una vez que han atravesado las fronteras y se encuentran en territorio español y trabajan, son trabajadores y se hallan dentro del campo de protección del derecho del trabajo. Y para los inmigrantes, particularmente los irregulares por ser un colectivo más débil e indefenso, son importante el ejercicio de derechos como el de expresión y movilización colectiva⁵¹², entre otros.

El Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, recurre a este precepto de la LO 14/2003 para justificar la extensión de derechos como el de libertad sindical a los extranjeros en situación irregular⁵¹³.

⁵¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., pp. 92 y ss.

⁵¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., p. 99.

⁵¹³ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., p. 520. SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, RTC/2007/236 y 259/2007, de 19 de diciembre, RTC/2007/259.

2.2.1. El supuesto especial de la readmisión en caso de despido improcedente: la extinción

Una cuestión que se podría suscitar sería la de la concurrencia de una causa de extinción del contrato (pérdida de vigencia de la autorización) durante la tramitación de un proceso de despido, ya sea nulo o improcedente, pero sin que haya recaído sentencia firme.

Si la causa de extinción del contrato fuera por artículo 49 b) o c) ET—condición o término- uno de los argumentos se inclinaría por reconocer la indemnización por despido pero no la readmisión admitiendo la detención de los salarios de tramitación. Independientemente de la indemnización o salarios de tramitación que le puedan corresponder en su caso⁵¹⁴, ¿se puede optar por la opción de la readmisión?

El Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto exponiendo que, “el art. 56.1 del ET regula los efectos del despido improcedente sin distinguir entre contratos indefinidos o temporales cuando el contrato se extingue por voluntad del empresario, sin la concurrencia de causa justificativa estableciendo la necesidad de que el empresario opte entre readmisión e indemnización (...) cuando el contrato es temporal como en el caso de autos (...) si el mismo vence antes de la declaración judicial declarando su improcedencia, es cuando surge el problema al desaparecer un término de la obligación alternativa establecida en el art. 56 del ET al no ser posible la readmisión del trabajador”⁵¹⁵.

El Tribunal establece que en este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir la otra parte de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, la cual, debe abonarse en todo caso. Justifica esta medida en base a que la

⁵¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F.; “La concurrencia de una causa de extinción del contrato después de un despido declarado improcedente o nulo”. Tribuna Social. nº 139/2002, p. 20.

⁵¹⁵ STS de 29 enero 1997 RJ/1997/641. En el mismo sentido, STS de 14 abril 1997 RJ/1997/4222.

indemnización es consecuencia del daño producido al considerar que no es posible la readmisión del trabajador, dado que el contrato venció antes de dictarse la sentencia. Por lo cual, procede la indemnización.

En consecuencia, si se produce la extinción del contrato por la llegada del término o condición como consecuencia de la pérdida de vigencia de la autorización para trabajar, mientras se esté sustanciando un proceso sobre despido improcedente, no cabría la readmisión del trabajador, siendo susceptible de obtener la correspondiente indemnización.

La sentencia contiene dos votos particulares, en uno de ellos, el magistrado entiende que no debe fundarse en el art. 1134 del Código Civil, pues entiende que el despido extingue el contrato de trabajo y, cuando merece reproche judicial, la consecuencia sería la condena a la restauración del contrato (readmisión), y la indemnización por los perjuicios producidos. Basa su argumento es que “el cumplimiento de la obligación de readmitir no es nunca exigido de modo absoluto, de tal modo que en los supuestos más graves (despido discriminatorio y/o que afecte a funciones representativas del despedido) se sustituye por el abono de los salarios, la permanencia en alta en la Seguridad Social, y en su caso, la obligación de permitir el ejercicio de las funciones representativas (véase art. 282 de la Ley de Procedimiento Laboral)⁵¹⁶. (...) el «contrato se extinguió antes de la declaración referida» (la de improcedencia), debe tenerse por inexistente la obligación principal de readmisión, y, en consecuencia, no cabe su sustitución por la de indemnización.”

En este caso el contrato se ha extinguido por llegada del término o condición y no existiría vínculo con la empresa.

⁵¹⁶Actualmente se debe entender el art. 284 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE de 11 de octubre de 2011.

A juicio del voto particular, no está de acuerdo con que se trate de obligaciones alternativas⁵¹⁷, sino que llega a la conclusión, en virtud de la cual, al extinguirse el contrato antes de la declaración del despido, se entiende inexistente la obligación de readmitir y, por tanto, tampoco cabría la opción de indemnizar.

Otras soluciones posibles sería la posibilidad, en caso de sentencia judicial firme y en supuestos tasados, de la regularización del extranjero⁵¹⁸. O como expone el voto particular de la sentencia del TS de 28 de abril de 1997, “adaptar una legislación pensada para la extinción del contrato indefinido a la realidad práctica que surge de las formas de contratación temporal: el nuevo despido puede realizarse sin una readmisión que ya no es posible y el objeto del nuevo proceso a que dé lugar esta decisión ya sólo versará sobre los efectos de la calificación del despido sobre la indemnización”⁵¹⁹.

3. PARTICULARIDADES EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN REGULAR E IRREGULAR

Respecto a la posibilidad de los extranjeros residentes a acceder como personal laboral al servicio de las administraciones públicas, el art. 10.2 de la LO 8/2000, establecía que, “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.” Actualmente, la nueva redacción establece que, “Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”

⁵¹⁷ Art. 1131 y ss. CC

⁵¹⁸ Cuestión que ha tenido en cuenta el legislador en la última reforma de la LOEX, estableciendo en su art. 36.5 que, “Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.”

⁵¹⁹ STS de 28 abril de 1997 RJ/1997/3584.

El supuesto que nos interesa comprende a los extranjeros de terceros países que, ni son comunitarios, ni se encuentran vinculados por un Tratado.

En este caso, ¿podrían acceder a la función pública?

Según lo dispuesto en el artículo 13.2 CE, “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”

Atendiendo a nuestra norma suprema, podríamos afirmar que no pueden acceder al empleo público, pero la LO 2/2009 en su art. 10.2, arroja luz a la cuestión al señalar que, “Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”⁵²⁰

El citado precepto de la LO 2/2009, nos remite a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁵²¹, que aunque inicialmente exige la nacionalidad española para acceder a los procesos selectivos⁵²², seguidamente establece que los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles⁵²³.

Así, la residencia legal⁵²⁴ en España de los nacionales de terceros países, es decir, de los extranjeros no comunitarios, es una condición *sine qua non* para poder acceder a la función pública⁵²⁵.

⁵²⁰ Art. 10.2 LO 2/2009.

⁵²¹ BOE de 13 de abril de 2007. En adelante EBEP.

⁵²² Art. 56 EBEP.

⁵²³ Art. 57 EBEP.

⁵²⁴ Art. 39.1 LO2/2009. “Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.”

⁵²⁵ Art. 57 EBEP. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados.

“1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el

En consecuencia, los trabajadores comunitarios (nacionales de un Estado Miembro de la Unión Europea) y los que se encuentren bajo algún tratado o convenio firmado con nuestro país, se asemejan en derechos y libertades a los españoles. Pero en relación a los extranjeros no comunitarios, extracomunitarios, o nacionales de terceros países que se encuentran en nuestro país con la intención de trabajar, y aunque, en un principio se exige la nacionalidad española para el acceso al empleo público, la LO 2/2009 remite al EBEP, el cual reconoce el derecho a este colectivo siempre y cuando cumplan el requisito de la residencia legal, es decir, estar en posesión de la autorización administrativa para trabajar.

El fundamento se centra en que, el Derecho al Trabajo se encuentra en el grupo de derechos que no son atribuidos directamente por la CE, pero pueden ser reconocidos en virtud de los tratados y la ley. Así, el legislador puede, si lo estima conveniente, introducir diferencias basadas en la nacionalidad del trabajador, siempre y cuando no altere el contenido esencial del derecho en cuestión.

En definitiva, los extranjeros en situación irregular no podrán acceder al empleo público, pues se exige el contrato por escrito, pues es una particularidad del

ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados. 2. Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes. 3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo. 4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles. 5. Sólo por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario.”

personal laboral. No se admite el contrato verbal: incurriría en responsabilidad la Administración Pública contratante.⁵²⁶

TÍTULO III. ASPECTOS COLECTIVOS Y DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR

1. LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS IRREGULARES COMO SUJETOS DE DERECHOS COLECTIVOS

1.1. Evolución de los derechos colectivos

1.1.1. “Claros y oscuros” en el reconocimiento de los derechos colectivos de los extranjeros en la LO de 1985

Como vimos, bajo la vigencia de la LO7/85, el acceso al trabajo dependía de una estricta técnica autorizatoria, que se basaba en la capacidad para contratar del artículo 7 ET⁵²⁷. Y alrededor de ello giraría la teoría, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, de la nulidad del contrato cuando el extranjero carecía de autorización para trabajar, ya que en relación a ciertos derechos como pueden ser los colectivos y al nexo entre titularidad y residencia legal, aparece la idea de que el trabajo no autorizado no genera ningún derecho para el ordenamiento jurídico. La regulación de los derechos colectivos en esta ley se une al concepto de trabajador inmigrante como “accidental”. El trabajador extranjero podía afiliarse a un sindicato y ejercer el derecho cuando

⁵²⁶ Art. 9 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE de 27 de noviembre de 1992.

⁵²⁷ Art. 7 ET. “Podrán contratar la prestación de su trabajo: ... c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.” La mayoría de las sentencias con base en este artículo sostenían la nulidad como consecuencia de la falta de capacidad del extranjero sin autorización para trabajar, SSTS, de 2.11.1983, RJ 1983/5562; de 30.10.1985, RJ 1985/5246; de 28.04.1986, RJ 1986/2258; de 20.10.1986, RJ 1986/5859; de 11.12.1987, RJ 1987/8890 y SSTSJ Madrid de 04.04.1993, AS 1993/1944, Canarias/Las Palmas de 19.04.1994, AS 1994/1514 y de 04.05.1995., RJ 1995/2059. Andalucía/Sevilla de 15.01.1998, AS 1998/214 y C. Valenciana de 04.03.1998, RJ 1998/5640.

se encontraran legalmente en España⁵²⁸, con lo que sólo la residencia permitiría la atribución de los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente⁵²⁹.

Algún sector doctrinal había contemplado el derecho sindical de los trabajadores extranjeros en una concepción amplia, es decir, abarcando no sólo la posibilidad de afiliarse sino también de fundar sindicatos, participar en la elección de los representantes y ocupar cargos directivos puesto que según el art. 28.1 de la CE, éste comprende tanto el derecho a fundar como a afiliarse al sindicato de su elección⁵³⁰, además de la posibilidad de ser elector y elegible en los órganos de representación de la empresa.

Asimismo, los trabajadores extranjeros serían titulares del derecho de huelga cuando estuviesen autorizados a trabajar⁵³¹, “que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras”⁵³², es decir, conforme al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, reguladora del derecho de huelga, corregida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril⁵³³. En caso de no tener la autorización correspondiente, la participación en una huelga podía suponer una actividad contraria al orden público que llegarían

⁵²⁸ Art. 10 LO 7/1985. “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.”

⁵²⁹ BAYLOS GRAU, A.; *Inmigración y derechos sindicales. Un análisis...*, op. cit., p. 21.

⁵³⁰ Art. 28 CE “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

⁵³¹ RAMOS QUINTANA, M.; *El trabajo de los extranjeros en España*. Tecnos. Madrid. 1989, pp. 165 y ss. Esta misma autora considera que el reconocimiento del derecho de huelga por el art. 10 LOEx hay que valorarlo en “sentido favorable”, RAMOS QUINTANA, M. I.; *Derechos de los trabajadores extranjeros*. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 86. 1997, p. 899; ESTRADA CARRILLO, V.; *Extranjería*. Trivium. Madrid. 1993, pp. 94-95.

⁵³² Art. 10 LO 7/1985 “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.”

⁵³³ RTC 1981/11

a ser causa de expulsión del país⁵³⁴. Si bien, este argumento sería difícil de mantener pues requeriría de la participación activa del extranjero en una huelga ilegal, la cesación de la relación laboral, pérdida de residencia y, en consecuencia, expulsión del país⁵³⁵.

Otros autores, en cambio, señalan que lo que verdaderamente se recoge en la normativa es el derecho de afiliarse al sindicato de su elección y no el derecho de libertad sindical en todas sus manifestaciones⁵³⁶. Desde la lectura del derecho de libertad sindical recogido en la Constitución Española, podría sostenerse que nada prohibiría a los ciudadanos extranjeros regulares la creación de sindicatos⁵³⁷.

Así, en relación a la fundación de sindicatos, al entenderse como única posibilidad la afiliación⁵³⁸, se traduciría en una prohibición implícita de promoción de sindicatos por parte de los trabajadores extranjeros regulares al igual que la constitución de sindicatos dirigidos en exclusiva a trabajadores extranjeros⁵³⁹.

⁵³⁴ Art. 26 LO 7/1985 “1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del director de la seguridad del estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: ...c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.”

⁵³⁵ BAYLOS GRAU, A.; *Inmigración y derechos sindicales. Un análisis...*, op. cit., p. 22.

⁵³⁶ POLO SÁNCHEZ, C.; *Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 74, OJEDA AVILÉS, A.; *Derecho...*, op. cit., p. 170.

⁵³⁷ MORENEO PÉREZ, J.L.; Artículo 11. Libertad de sindicación y huelga. En MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.); *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*. Comares. Granada. 2001, p. 213.

⁵³⁸ Art. 10 LO 7/1985 “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.”

⁵³⁹ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales y de Protección social en la Ley de Extranjería”. *Tribuna Social* n. 133. 2002, p. 27. En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, M. I.; *Derechos de los trabajadores...*, op. cit., pp. 898-899, al exponer que se deduce de la LOEX “una más que evidente limitación en el ejercicio de la libertad sindical” para los no nacionales, y se deduce también fácilmente que los extranjeros no pueden constituir sindicatos para la defensa de sus intereses específicos como inmigrantes. Pues, prosigue, en nuestro sistema de relaciones laborales no es posible la opción de organizaciones sindicales constituidas e integradas en exclusiva por ellos; y RAMOS QUINTANA, M.; *El trabajo de los extranjeros...*, op. cit., p. 167.

La LOLS reconocía el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente⁵⁴⁰, de lo que se extraía una igualdad plena entre trabajadores extranjeros y nacionales en relación al reconocimiento del derecho de sindicación. La LO 7/1985, sin embargo, reconocía “el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección” y ello no iba en consonancia con la CE que establece tanto la constitución como la afiliación a sindicatos⁵⁴¹. La ley parecía excluir tanto la posibilidad de fundación general como la constitución de sindicatos no españoles, lo cual podría tener su fundamento respecto a la constitución de sindicatos formados exclusivamente por extranjeros, pero impedir la fundación en sentido general vulneraría el contenido esencial de la libertad sindical.⁵⁴²

De ahí que se entendiera la posible inconstitucionalidad de la LO 7/1985, salvándose la situación, según algunas opiniones, que ésta debía entenderse modificada por la LOLS, en virtud del principio de *Lex posterior anteriori derogat*, pues al no prohibirse a los extranjeros la constitución de los sindicatos en la LO 7/1985, aquéllos serían titulares de este derecho en la LOLS⁵⁴³.

En base a los mismos argumentos y en relación a los extranjeros irregulares, resultó evidente que negarles los derechos colectivos laborales era inútil. Aunque restringir este derecho pudiera ser un mecanismo para luchar y evitar la inmigración ilegal, a costa de negarles derechos propios de la persona humana, y desde un discurso represivo que no beneficiaría la imagen de los poderes públicos y de la sociedad española y de dudosa efectividad, unido ello al riesgo de una aplicación desigual y selectiva de las sanciones correspondientes, no exenta del riesgo de arbitrariedades contrarias al artículo

⁵⁴⁰ Art. 1 LOLS “1. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.”

⁵⁴¹KAHALE CARILLO, D. T.; Notas a la Libertad sindical y derecho de huelga de los extranjeros en España. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. nº 243. 2003, p. 90.

⁵⁴²FERRER PEÑA, R. M.; Los derechos de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989, p. 81.

⁵⁴³SEGARRA I TRIAS, E.; Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección Jurisdiccional y Garantías. J. M. Bosch. Editor. Barcelona, 1991, p. 156; en el mismo sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Relaciones Laborales. Nº. 1. 2001, p. 101.

9.3 CE, relativo a la garantía del “principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”⁵⁴⁴.

Como señala la doctrina, “La LO7/1985 constituyó una pura y simple Ley de extranjería en la que los aspectos de policía y control primaban por encima de otros perdiéndose una buena ocasión para dotar al ordenamiento jurídico de un marco legal que facilitara la política activa de integración⁵⁴⁵.”

El vigente en ese momento Real Decreto 1119/1986, de 26 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades⁵⁴⁶, por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero⁵⁴⁷, exponía las razones que justificaban la reforma ya expuesta en el mismo texto del Reglamento de 1996. Entre otros, destacamos los cambios en nuestro país en relación al fenómeno migratorio; los compromisos internacionales suscritos por España; adaptar el Reglamento a la nueva organización administrativa con competencia en materia de extranjeros; y, como objetivo, mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, como requisitos esenciales para su integración, de acuerdo con las orientaciones del Plan para la Integración Social de los Inmigrantes.

Esta reforma reglamentaria mejoró la situación del inmigrante dotándolo de mayor estabilidad y seguridad⁵⁴⁸. Constituyendo una clara oportunidad para modificar y actualizar la política de extranjería, representando un importante avance. Sin embargo, dejaba ciertas carencias y deficiencias, lo que requería una reforma de mayor alcance que incluía modificar la LO 7/1985⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., p. 103.

⁵⁴⁵ CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones..., op. cit., p. 26.

⁵⁴⁶ RCL/1986/1899. BOE de 12 de junio de 1986.

⁵⁴⁷ RCL/1996/630. BOE de 23 de febrero de 1996.

⁵⁴⁸ CHARRO BAENA, P.; Las Autorizaciones..., op. cit., p. 28.

⁵⁴⁹ RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 863.

1.1.2. La integración y el pleno reconocimiento de los derechos colectivos en la redacción original de la LO 2000.

En relación a los derechos colectivos, el art. 8 LO 4/2000 regulaba la libertad de asociación a los extranjeros, siendo el único límite la exigencia de situación regular para los promotores.

Por su parte, el art. 11 reconocía, sin restricción, el derecho de libertad sindical, el derecho a afiliarse a una organización profesional y el derecho de huelga en las mismas condiciones que a los españoles⁵⁵⁰. Incluye así, dos de los derechos laborales básicos⁵⁵¹, sin detenerse en su alcance o régimen jurídico, remitiendo a las disposiciones legales correspondientes⁵⁵². La ausencia de condiciones significaría que el trabajador extranjero podía ejercitar esos derechos en los mismos términos que el trabajador español, pudiendo, en consecuencia, constituir sindicatos, afiliarse al de su elección y en definitiva, desarrollar la acción sindical, constituyendo ello uno de los cambios más significativos en tanto ya no se habla sólo de afiliación⁵⁵³, sino del derecho de sindicación en sentido amplio⁵⁵⁴ y sin atender a la nacionalidad⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ Art 11 LO 4/2000 Libertad de sindicación y de huelga. “1. Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen. 2. De igual modo, se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga.”

⁵⁵¹ Art. 4 ET “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: ... b) Libre sindicación... e) Huelga.”

⁵⁵² Art. 28.1 CE, LOLS, art. 28.2 CE y al DLRT de 1977 para el derecho de huelga.

⁵⁵³ Como ocurría en la derogada LO 7/1985. Art. 10 “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.”

⁵⁵⁴ En consonancia con el art. 28.1 CE “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

⁵⁵⁵ GARCIA MURCIA, J., *Derechos Laborales...*, op. cit., p. 27.

Pero la LO 4/2000 nació “en el corredor de la muerte”⁵⁵⁶, ya que la contrarreforma se llevó a cabo ese mismo año y supuso, como veremos más adelante, la pérdida de importantes contenidos que llevarían a un modelo radicalmente distinto⁵⁵⁷.

Como expone MENDOZA NAVAS, resulta difícil realizar un balance sobre la repercusión de esta normativa en la práctica pues apenas estuvo vigente unos meses⁵⁵⁸.

1.1.3. Las restricciones al ejercicio de los derechos colectivos en la LO 8/2000

La LO 8/2000, basaba la reforma en que la realidad del fenómeno migratorio superaba las previsiones de la norma. Proponía rectificar la excesiva generosidad de la LO 4/2000 que, según algunas opiniones, había llevado a un importante aumento de la inmigración irregular o clandestina en ese tiempo⁵⁵⁹.

El cambio supone el abandono del planteamiento universalista que efectuaban los Tratados y Pactos Internacionales en la versión anterior de la LO 4/2000⁵⁶⁰, siendo uno de los cambios más importantes el que tiene que ver con los derechos colectivos. Así, respecto al derecho de reunión⁵⁶¹, de asociación y sindicación, se reconoce la titularidad a todos sin distinción pero se condiciona

⁵⁵⁶ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 24. Como “una ley que ha muerto antes de nacer” la califica SERRANO ARGÜESO, M.; Las modificaciones..., op. cit., p. 404.

⁵⁵⁷ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Los derechos fundamentales laborales...”, op. cit., p. 48. Ok

⁵⁵⁸ MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales..., op. cit., p. 72.

⁵⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Los dilemas..., op. cit., p. 158; un análisis del contraste entre realidad y las razones del legislador para la reforma, MORENEO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma “pactada.” Relaciones Laborales, nº 8, 2003, pp. 99 y ss.

⁵⁶⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000. Revista de Derecho Social. nº 13. 2001, p. 35.

⁵⁶¹ Art. 7 LO 8/2000 “1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

el ejercicio cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España⁵⁶².

Igualmente en relación al derecho de huelga, el artículo 11 exige el requisito de la autorización para trabajar para ejercer el derecho de huelga.

Por lo tanto, el legislador establecía la exigencia de estancia regular para el ejercicio de los derechos de asociación y sindicación, y autorización para trabajar para el ejercicio del derecho de huelga.

Restricción de derechos operada por la reforma que ha sido objeto de multitud de estudios y análisis. La cuestión controvertida consistía en resolver si era legítimo y acorde con la CE establecer condiciones al ejercicio de estos derechos, o si dichas condiciones eran inconstitucionales.

Un sector de la doctrina⁵⁶³ consideraba lógico que la LOEX estableciera concretos requisitos, como ya hiciera la LO de 1985, para ejercitar ciertos derechos en función de la estancia regular o no en nuestro país. Tales exigencias debían tomarse como “algo normal”, como un “efecto natural”, pues el sentido de la LOEX es regular y controlar los flujos de extranjeros que entran en el país. Se entendía que el argumento por el cual esta restricción iría contra los Tratados y Convenios Internacionales y contra la CE, además de considerar estos derechos como derechos de la dignidad humana, no resultaban del todo convincentes, ya que atendiendo a la normativa internacional, tanto el Convenio número 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes, el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, la Carta Social Europea, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se

⁵⁶²Art. 8. LO 8/2000 “Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.” Art. 11 LO 8/2000 “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.”

⁵⁶³ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., pp. 30-31.

refieren a los inmigrantes con expresiones como “que se encuentren legalmente”⁵⁶⁴ o “autorizados” a trabajar o ejercer una actividad laboral⁵⁶⁵.

Y aunque ciertamente existen textos internacionales que reconocen derechos a las personas⁵⁶⁶, lo hacen de forma general a todas y no tratan específicamente el tema de la inmigración.

Asimismo, no se entendería la vulneración de la Constitución Española, pues el texto constitucional reconoce derechos y su función no sería distinguir entre regular o irregular puesto que su destino es el ciudadano. En su artículo 13.1⁵⁶⁷ se ocupa de los extranjeros pero no implica el reconocimiento de cualquier derecho constitucional.

Y, por último, se considera un argumento “desenfocado” atribuir los derechos colectivos de sindicación y huelga a los extranjeros en virtud de la dignidad humana⁵⁶⁸, pues estos derechos estarían vinculados a la persona por su posición en un determinado contexto social.

⁵⁶⁴ Art. 6 Convenio 97 OIT 1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes...” Art. 19 Carta Social Europea “4. A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por Leyes o Reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber...”

⁵⁶⁵ Art. 16.1 Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante de 1977 “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.” Art. 15 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.”

⁵⁶⁶ DUDH, el PIDCP, el PIDESC y el CEDH. Los tratados internacionales no permiten llegar a la conclusión de que los extranjeros irregulares puedan disfrutar de los derechos de sindicación y huelga. Pues si fuera así, en el resto de Estados ocurriría lo mismo y se encontrarían incumpliendo las obligaciones asumidas al ratificarlos. Parece que el TC descontextualiza los textos internacionales, RODRÍGUEZ CARDÓ. I. A.; Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Actualidad Laboral. nº 5. 2009, p. 520.

⁵⁶⁷ Art. 13 CE “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.”

⁵⁶⁸ Al respecto de no considerar la libertad sindical como derecho conectado con la dignidad humana, MONTOYA MELGAR, A.; El empleo..., op. cit., p. 161 y KAHALE CARRILLO, D. T.; Notas a la libertad sindical..., op. cit., pp. 92-93.

En virtud de lo expuesto, la posición de la LO 8/2000, aunque no la mejor ni más inteligente, sí era la más lógica⁵⁶⁹; restrictiva pero “plenamente conforme” tanto con la CE como con los Tratados Internacionales, pues ningún convenio internacional exige, de forma expresa y vinculante, la igualdad de trato en materia laboral sin atender a la situación administrativa. Porque la expresión a “todas las personas” o “todos”, supone extralimitarse y existen ciertos derechos que deben ser objeto de modulación legal, en virtud del artículo 13.1 CE⁵⁷⁰.

En consecuencia, no resultarían convincentes para este sector doctrinal los argumentos para atribuir los derechos de libertad sindical y huelga a los extranjeros irregulares pues, según estos autores, no tiene base sólida y resulta “desorbitado” que un extranjero irregular pueda fundar un sindicato⁵⁷¹. No todas las facultades que derivan del amplio contenido del derecho de libertad sindical pueden ser ejercitadas por un extranjero irregular. En cualquier caso, se podría extender al derecho de afiliación pero nada más. En relación al derecho de huelga, el TC se apoya en el “endeble” argumento de incluir dentro del concepto “todas las personas” o “todos”, al extranjero irregular⁵⁷².

En el mismo sentido, ESPINAR VICENTE se decanta claramente sobre la constitucionalidad de la restricción, afirmando que no vulnera la Constitución. Basa su argumento en que todos tienen derecho a asociarse, pero para el ejercicio hay que “hallarse socialmente integrado en España”, es decir, que los extranjeros que pretendan gozar del derecho de asociación deben hallarse regularmente en el país en el momento de ejercerlo y lo que se prohíbe, por tanto, son las asociaciones de inmigrantes cuando se encuentren en España sin autorización de estancia o permiso de residencia.

Y respecto a los derechos de reunión y manifestación, tampoco cree que sea inconstitucional. Distingue entre la promoción, en la que considera lógico que se den requisitos, y la participación; pues estima que carece de sentido que

⁵⁶⁹ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., pp. 30-31.

⁵⁷⁰ RODRÍGUEZ CARDO. I. A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., p. 507.

⁵⁷¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España. Laborum. Murcia. 2007, p. 122.

⁵⁷² RODRÍGUEZ CARDO. I. A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., p. 519.

para sumarse a una reunión o manifestación sea necesario la situación de regularidad. En relación al derecho de sindicación, el precepto no contempla la posibilidad de fundar sindicatos y condiciona la afiliación a encontrarse en situación regular. La acción sindical se aproxima al derecho de participación política. Se excluye a los extranjeros del derecho a fundar sindicatos, pues reconocerlo conllevaría una vía para la participación colectiva en asuntos públicos. La afiliación es contemplada por encontrarse más cercana a la asociación, y para la defensa colectiva de los intereses laborales. Y sobre el derecho de huelga, el titular del derecho será el trabajador⁵⁷³, y lo que hace el legislador es decir quién es. Así, “el extranjero que esté autorizado a trabajar es trabajador y puede declararse en huelga”. En relación al contrato de trabajo celebrado por un extranjero irregular, prosigue que, el carecer de la autorización administrativa sería causa de rescisión automática, algo que no cuestiona la validez de la relación laboral. Pero el derecho de huelga es un derecho específicamente vinculado a la condición de trabajador, de la persona-trabajador que reúne los requisitos exigidos. Si se entendiera de otra forma distinta a la expuesta, sí sería inconstitucional.

Termina exponiendo que el principal defecto de la LO 8/2000, es que el autor ha centrado su preocupación en el extranjero irregular; la intención de impedir el fenómeno y controlar la inmigración ilegal. Una obsesión que ha derivado en una regulación desafortunada e inapropiada que no satisface a nadie⁵⁷⁴.

No obstante, la doctrina mayoritaria entiende que no deben existir restricciones a los derechos colectivos. En tal dirección entienden que los derechos de reunión, asociación, libertad sindical y huelga vienen reconocidos por la CE, dentro del capítulo II como derechos fundamentales. Son derechos de aplicación directa, inherente a la persona que pertenece a los extranjeros con

⁵⁷³ Art. 1 ET “1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

⁵⁷⁴ ESPINAR VICENTE, J. M.; Comentarios a la nueva Ley de extranjería. Universidad de Alcalá de Henares. Madrid. 2001, pp. 8 y ss.

independencia de su situación administrativa. Derechos laborales colectivos de carácter básico⁵⁷⁵.

Las principales críticas doctrinales se basaban en que las restricciones eran contrarias a las Normas Internacionales, en opinión de ESCUDERO RODRÍGUEZ suponen un “canon interpretativo indispensable y prioritario” que debe tenerse en cuenta para valorar las decisiones del legislador⁵⁷⁶.

Así lo ha manifestado, asimismo, la jurisprudencia constitucional al exponer que según el artículo 10.2 de la CE, de acuerdo con textos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950⁵⁷⁷ y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, existen derechos que son reconocidos “sin atención a su nacionalidad.”⁵⁷⁸ Además, según el TC, la Constitución Española reconoce el derecho de reunión “sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los «españoles», y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos”, como el de asociación

⁵⁷⁵TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008, p. 165.

⁵⁷⁶ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; Sobre la inconstitucionalidad..., op. cit., pp. 33 y ss. A mayor abundamiento, BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Un análisis..., op. cit., pp. 11 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., pp. 101 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; El derecho del trabajo..., op. cit., pp. 27 y ss. BELTRÁN MIRALLES, S.; La regulación del derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO 8/2000. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003, pp. 350 y ss. SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades..., op. cit., p. 48. Aunque desde el punto de vista estrictamente jurídico no parece que puedan reconocerse estos derechos a los extranjeros irregulares, no se trata de reconocer todos los derechos a todos los extranjeros, sino de reconocerles algunos derechos. Pero la limitación de este tipo de derechos “silencia a los sin papeles frente a la sociedad”, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 88. Contra la opinión de esta autora y del posible silenciamiento de los “sin papeles”, CEINOS SUAREZ, A.; El trabajo..., op. cit., al exponer que, no tiene porqué producir ese efecto ya que las asociaciones sindicales deben luchar por los intereses de todo trabajador entre los que habrá que incluir a los irregulares que se encuentran trabajando sin autorización.

⁵⁷⁷GÓMEZ ÁLVAREZ, T. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.; Los derechos sociales y sindicales en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. nº 228, 2002.

⁵⁷⁸STC (Sala Segunda) 99/1985 de 30 septiembre RTC/1985/99.

“directamente a los extranjeros”⁵⁷⁹. Se admiten matices, pero sin hacer depender de la voluntad del legislador el ejercicio del derecho de asociación⁵⁸⁰.

Recordemos que ese mismo Tribunal ha establecido el reconocimiento de los derechos de los extranjeros sin atención a la situación administrativa por ser “imprescindibles para la garantía humana (...) como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, etc.”⁵⁸¹ Y aunque no mencione expresamente los derechos de asociación, libertad sindical y huelga, deben ser equiparados y situados en el mismo nivel que los anteriores para entender el “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”⁵⁸², pues la “libertad de asociarse supone la superación del recelo con que el Estado liberal contempló el derecho de asociación”⁵⁸³.

En cuanto a la posibilidad de modular el derecho, hay opiniones que creen que si se encuadrara el derecho de libertad sindical dentro de los derechos cuyo disfrute se efectúa en función de lo que determinen los Tratados Internacionales y la Ley española y, de acuerdo a las condiciones y contenido de éstos, el derecho no estaría en el mismo nivel que derechos tales como el derecho a la vida, los derechos de integridad física o moral, intimidad, libertad ideológica. Y aunque el legislador está facultado para establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros, se debe respetar el contenido esencial al que hace referencia el TC⁵⁸⁴. Podrían establecerse límites al igual que si el titular del derecho fuera un español, pero la regulación, por tanto, sería “extremadamente restrictiva” al tratarse de un derecho fundamental reconocido por la CE. El legislador puede “limitar” el ejercicio de un derecho, no obstante, se discute la exclusión de la posibilidad de afiliación como una simple limitación

⁵⁷⁹STC (Pleno) 115/1987 de 7 julio RTC/1987/115.

⁵⁸⁰ MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales..., op. cit., p. 82.

⁵⁸¹ STC (Sala Segunda) 107/1984 de 23 noviembre RTC/1984/107

⁵⁸² Art. 1.1 CE. Así lo afirma ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; Sobre la inconstitucionalidad..., op. cit., pp. 38-39.

⁵⁸³ Véase FJ 3º SSTC (Pleno) 67/1985 de 24 mayo RTC 1985/67 y 115/1987 de 7 julio RTC/1987/115. Derechos que formarían parte del “núcleo duro” de la garantía de respeto a la dignidad humana que reconoce el artículo 10.1 de la CE, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; Los derechos sociales de los inmigrantes..., op. cit., p. 45.

⁵⁸⁴Véase FJ 2 y 3. STC (Pleno) 115/1987 de 7 julio RTC/1987/115.

del derecho de libertad sindical. Por lo tanto, el condicionamiento del ejercicio de derechos fundamentales y el sometimiento que realiza la LO 8/2000 de ciertos derechos fundamentales, sería de dudosa constitucionalidad. Por otro lado, no se puede obviar la generosidad de la normativa internacional que reconoce “sin ninguna distinción”⁵⁸⁵ y a “toda persona”⁵⁸⁶ tanto el derecho a constituir sindicatos como a afiliarse⁵⁸⁷.

Esta limitación de concretos derechos colectivos se llegó a calificar como “vergonzante”⁵⁸⁸. El reconocimiento de un derecho y el goce del mismo constituyen aspectos indisociables porque, ¿qué efectividad tendría para un trabajador clandestino el reconocimiento de la titularidad del derecho de libertad sindical si se le impide el ejercicio?⁵⁸⁹

La expresión del art. 11 LO 8/2000 resultaba, pues, demagógica. Pueden admitirse modulaciones dependiendo de la regularidad o irregularidad, por ejemplo a la hora de los extranjeros irregulares constituir sindicatos, pero no la exclusión total del ejercicio. Pues, entre otros, el convenio n. 87 de la OIT reconoce el derecho de sindicación sin atender a la situación administrativa⁵⁹⁰,

⁵⁸⁵ Art. 2 Convenio 87 OIT “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”

⁵⁸⁶ Art. 23 DUDH “4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”

⁵⁸⁷ VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003, pp. 227 y ss.

⁵⁸⁸ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; Los derechos fundamentales de los inmigrantes extranjeros, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España. Especial referencia a los derechos de reunión, asociación y afiliación. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003, p. 214. “Difícilmente puede sindicarse quien no está autorizado para trabajar, y quien no puede trabajar tampoco puede ejercer el derecho de huelga”, LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, M.; La nueva ley de extranjería..., op. cit., p. 73.

⁵⁸⁹ MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2003, p. 220. Por el propio carácter intrínseco de ciertos derechos colectivos, no deben medirse por el binomio regularidad/irregularidad y sí por la condición de persona-trabajador y la dignidad, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 167.

⁵⁹⁰ Art. 2 Convenio 87 OIT “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.” Respecto a dicho artículo, véase HODGES-AEBERHARD, J.; Protección del derecho de sindicación: ¿A qué trabajadores, “sin ninguna

además de la doctrina del TC sobre el derecho de reunión⁵⁹¹. El mismo problema de constitucionalidad ocurriría con el derecho de huelga⁵⁹².

La intención del legislador era diferenciar entre la titularidad y el ejercicio de un derecho fundamental. Con lo cual se impediría tanto la vertiente individual como la colectiva de dichos derechos, sobre todo en lo que se refiere a la actuación del sindicato ya que, en virtud de dichos preceptos, debería rechazar la afiliación y no podría ni convocar una huelga ni realizar la acción sindical si acoge a inmigrantes irregulares en cuanto que éstos no podrían participar por prohibirlo la ley. En definitiva, produciría la “privación radical” y no una limitación ponderada⁵⁹³. Y prohibir el ejercicio es negar el derecho mismo⁵⁹⁴.

La vertiente de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores va unida a la tutela de la dignidad del trabajador en cualquier modelo de Estado de Derecho, por tanto, debe entenderse reconocido a todos los extranjeros, sin atención a su situación administrativa. Respecto al derecho de huelga, resultaría contradictorio que, por un lado, el contrato de trabajo celebrado por un extranjero irregular no se considere nulo o ineficaz y, por otro, no se le reconozca la facultad de participar en una huelga. Ahora bien, al no extenderse la prohibición de discriminación, el legislador podrá establecer un régimen

distinción”, alude el artículo 2 del Convenio núm. 87? Revista Internacional del Trabajo, vol. 108, núm.1, 1989.

⁵⁹¹ Entre otras, SSTC de 8 mayo de 1995 RTC/1995/66; de 28 octubre de 2002 RTC/2002/196; de 27 de octubre de 2003 RTC/2003/195, al respecto SANZ PÉREZ, A.L.; ¿Hacia una nueva visión expansiva del derecho de reunión y de los derechos fundamentales? BIB 2004/226 Repertorio del Tribunal Constitucional num. 1/2004. Aranzadi. Pamplona. 2004; y de 7 noviembre de 2005 RTC/2005/284.

⁵⁹² RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales. Revista de Derecho Social. nº 22. 2003, p. 39.

⁵⁹³ BAYLOS GRAU, A.; Inmigración..., op. cit., p. 43. La LO 8/2000, no pretende modelar sino impedir el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales..., op. cit., p. 83. Ha anulado todas y cada una de las manifestaciones del derecho a quien esté irregularmente en el país, VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento..., op. cit., p. 293.

⁵⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.; El modelo de regulación..., op. cit., p. 249.

diferente para los derechos fundamentales que no estén vinculados con la dignidad⁵⁹⁵.

1.1.4. La doctrina del TC sobre los derechos colectivos de los inmigrantes

La privación de derechos a los extranjeros en situación irregular por la LO 8/2000 motivó la interposición de hasta ocho recursos de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha seguido la línea doctrinal que mantenía la incoherencia e ilógica regulación de la LO 8/2000 respecto a los derechos colectivos en cuestión, declarando inconstitucional la exigencia de requisitos para su ejercicio⁵⁹⁶.

Deben destacarse, entre otras, la STC 236/2007, de 7 de noviembre y la STC 259/2007, de 19 de diciembre, consideradas centrales⁵⁹⁷ y que suponen un “severo correctivo” al legislador de la LO 8/2000⁵⁹⁸.

El problema de fondo que se plantea es si el legislador orgánico se ha excedido al establecer condiciones y restricciones a los derechos fundamentales, entre otros, de reunión, asociación, sindicación y huelga.

Ante la pretensión del recurrente, el Parlamento de Navarra, de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos relativos a los citados derechos, el Abogado del Estado, entendió que debía desestimarse dicho recurso exponiendo que la CE no hace una equiparación en materia de derechos

⁵⁹⁵CRUZ VILLALÓN, J.; Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros. Novedades normativas en materia social. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2006, pp. 184-185.

⁵⁹⁶TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 173.

⁵⁹⁷RAMOS QUINTANA, M. I.; Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Lex nova. nº 19. 2008, p. 50.

⁵⁹⁸MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I). Relaciones Laborales. nº 1. 2008. p. 337.

fundamentales entre extranjeros y españoles, ya que el art. 13.1 CE⁵⁹⁹ contempla la posibilidad de remitir a los Tratados y a la Ley. Y porque del artículo 53.1 CE⁶⁰⁰, tal y como expone la sentencia, no se deduce el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales, sino sólo unas medidas de garantía de un derecho preexistente.⁶⁰¹

También alega que el artículo 10 CE⁶⁰² no afirma que todos los derechos fundamentales se hayan de aplicar a todos con igual extensión, sin atender a la nacionalidad. Por tanto, la equiparación entre españoles y extranjeros iría contra la clasificación tripartita⁶⁰³ y argumenta que los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga no serán derechos conectados con la dignidad humana.

Lo verdaderamente importante es, en consecuencia, saber si el legislador se ha excedido a la hora de establecer restricciones a los derechos que corresponden a los extranjeros.

Plantea el Abogado del Estado que los preceptos impugnados no niegan estos derechos a los extranjeros, sino que condiciona su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España, interpretando el art. 13.1 CE, en el sentido de entender que los extranjeros pueden ejercitar concretos derechos fundamentales. Excluye, pues, a los extranjeros que se encuentran en situación irregular, puesto que con su situación estarían vulnerando la Ley española⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ Art. 13.1 CE “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.”

⁶⁰⁰ Art. 53.1 CE “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.”

⁶⁰¹ Véase Antecedente 6 a) STC 236/2007, de 7 de noviembre. RTC/2007/236.

⁶⁰² Art. 10 CE “1. 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.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

⁶⁰³ STC 107/1984, de 23 de noviembre. RTC/1984/107.

⁶⁰⁴ Véase Antecedente 6 b) STC 236/2007, de 7 de noviembre. RTC/2007/236.

Por el contrario, argumenta el recurrente que los derechos de sindicación y huelga estarían comprendidos dentro del ámbito de la relación laboral sobre la base de que un extranjero, aún en situación irregular, puede ser sujeto de un contrato de trabajo válido⁶⁰⁵. Sin embargo, para el Abogado del Estado tampoco sería válido este argumento, ya que, los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, es decir, los que se encuentren en situación irregular no estarían autorizados para trabajar válidamente. Según él, constituiría un “absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga.”⁶⁰⁶

Y rechaza, además, la argumentación del Parlamento Navarra de la inconstitucionalidad sobre la base de la contradicción con los Tratados y Pactos Internacionales ratificados por España, pues, según éste, el artículo 10.2 CE, expone un criterio interpretativo⁶⁰⁷, es decir, que para decidir sobre la constitucionalidad de dichos preceptos, debe acudirse al texto de la Constitución Española.

En ese sentido se manifiesta el TC en Auto de 26 de junio de 1991 al exponer que, las normas internacionales sobre Derechos Humanos del artículo 10.2 de la Constitución Española, no son fuente de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional en virtud de su art. 53.2 CE pues el canon de constitucionalidad estaría formado por la Constitución Española que define el derecho o libertad que se quiere hacer valer. Aunque ello no impediría interpretarlos de acuerdo a la norma internacional, pero “sí es claro que el

⁶⁰⁵ Art. 36.3 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO8/2000, de 22 de diciembre, y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre. “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas 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.”

⁶⁰⁶ Véase antecedente 6 e) STC 236/2007, de 7 de noviembre. RTC/2007/236.

⁶⁰⁷ Artículo 10.2 CE “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

recurrente ha de fundar su pretensión de amparo en los derechos enunciados en los arts. 14 a 30.2 de la Constitución...”⁶⁰⁸.

En relación al derecho de libertad sindical, el Parlamento de Navarra se basa en el art. 28.1 CE que consagra el derecho de “todos”, tanto españoles como extranjeros, a sindicarse libremente y a afiliarse al sindicato de su elección, sin atender a la nacionalidad⁶⁰⁹. En ningún momento establece que los extranjeros necesiten algún tipo de autorización para el ejercicio de éstos.

Además, a diferencia del derecho de huelga⁶¹⁰, el derecho a la libertad sindical no requiere la condición laboral de su titular al incluir, el art. 28.1 CE, la expresión “todos tiene derecho a sindicarse libremente”.

Así lo expuesto, deberán resolverse dos cuestiones⁶¹¹: concretar la libertad que tiene el legislador en virtud del art. 13.1 CE⁶¹² para regular los derechos reconocidos a los extranjeros y establecer los límites a su ejercicio; y la posible contradicción de los preceptos impugnados con los Tratados Internacionales ratificados por España, basándose para ello, en el art. 10.2 CE.

1.1.4.1. El alcance legal de los derechos reconocidos a los extranjeros

Conforme a la STC 236/2007, según el recurrente, el legislador establece una diferencia de trato basado en el citado requisito de regularidad, consideraba inconstitucional negar el ejercicio de esos derechos a quien no estuviera en posesión de la autorización para trabajar. Señalaba que, aunque

⁶⁰⁸ ATC (Sala Primera) Auto núm. 195/1991 de 26 junio. RTC 1991\195 AUTO. FJ cuarto.

⁶⁰⁹ Artículo 28.1 CE “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

⁶¹⁰ Artículo 28.2 CE “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

⁶¹¹ Véase F.J.2º STC 236/2007, de 7 de noviembre. RTC 2007/236.

⁶¹² Art. 13.1 CE “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.”

la Constitución no distingue en su articulado en virtud de la regularidad, sí podría ser constitucional que el legislador configure la situación jurídica de los extranjeros, pero sin vulnerar preceptos o principios constitucionales⁶¹³.

En consecuencia, habría que determinar la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales que “depende del derecho afectado”⁶¹⁴.

Y el art. 13 CE, al encontrarse en el Capítulo Primero (“De los españoles y los extranjeros”) dentro del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), se refiere a todos los extranjeros. La remisión que hace a la Ley, no supone desconstitucionalizar esta materia, ya que, aunque el legislador disponga de libertad para concretar en qué términos gozarán los extranjeros de ellos, se encuentra sometido a su vez, a los límites tanto del Título I de la CE, como sobre todo, de lo dispuesto en el art. 10 CE⁶¹⁵, es decir, que la dignidad de la persona y lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados y Acuerdos Internacionales son límites impuestos al legislador.

En cuanto a la determinación del concreto derecho afectado, la jurisprudencia constitucional ha venido manteniendo que existen, “derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”⁶¹⁶. Se produce respecto a los mismos, una completa igualdad en atención al necesario respeto a la dignidad humana que funciona como garantía del orden público español⁶¹⁷.

⁶¹³ Véase FJ 2 STC 236/2007, de 7 de noviembre. RTC/2007/236.

⁶¹⁴ Véase FJ 4º STC 107/1984, de 23 de noviembre. RTC/1984/107.

⁶¹⁵ Art. 10 CE “1. 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. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

⁶¹⁶ Véase FJ 3º STC 107/1984, de 23 de noviembre. RTC/1984/107

⁶¹⁷ Véase FJ 3º STC 107/1984, de 23 de noviembre. RTC/1984/107, FJ 2º STC 99/1985, de 30 de septiembre. RTC 1985/99 y FJ2º STC 130/1995, de 11 de septiembre. RTC 195/130.

Y los extranjeros disfrutan de ellos, en las mismas condiciones que los españoles⁶¹⁸. Por tanto, los extranjeros deben disfrutar de los derechos mencionados en las mismas condiciones que los españoles.

El debate se centra, pues, en saber si los preceptos impugnados han traspasado o no los límites que impone la CE. Y para ello es fundamental, conocer, como hemos comentado, el grado de conexión con la dignidad humana. En todo caso, el legislador tiene una libertad limitada a la hora de modular los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana porque “ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos,...”, “así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano»”⁶¹⁹.

Y a la hora de determinar estos derechos, habrá que acudir al criterio interpretativo de los derechos fundamentales contenido en el art. 10.2 CE⁶²⁰, el cual remite tanto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como a demás acuerdos y tratados internacionales ratificados por España.

La dignidad de la persona constituye el primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un determinado derecho con la dignidad de la persona debe concretarse en virtud de su contenido y naturaleza, para precisar en qué medida resulta imprescindible para la dignidad de la persona como sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España.⁶²¹

⁶¹⁸ Véase FJ 3º STC 95/2000, de 10 de abril. RTC/95/2000.

⁶¹⁹ Véase FJ 2º STC 99/1985, de 30 de septiembre. RTC/1985/99.

⁶²⁰ Art. 10.2 CE “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

⁶²¹ Véase F.J. 3º STC 236/2007, de 7 de diciembre. RTC/2007/236

Por tanto, el legislador no podrá negar estos derechos aunque sí podrá establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio⁶²², siempre y cuando respete los mandatos constitucionales. “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 mandatos constitucionales.”⁶²³

Así, por una parte reconoce la posibilidad de establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, pero señala por otra que éstas no podrán afectar a los “derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo,... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español» y, adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España»”⁶²⁴.

Es decir, el TC admite establecer condiciones para el ejercicio de determinados derechos por los extranjeros pero exige que la regulación tenga presente el grado de conexión de los concretos derechos con la dignidad humana; el contenido del derecho reconocido a los extranjeros por la Constitución; y en todo caso el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los Tratados Internacionales. De ahí que, a juicio del TC, el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España, no faculta al legislador a limitar o restringir los derechos que son reconocidos por la CE por la condición de persona.

Por otro lado, la Jurisprudencia ha manifestado que, los textos internacionales ratificados por España constituyen instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Son sin duda, textos invocables al respecto, pues los Convenios se incorporan

⁶²² Art. 13.1 CE. “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.”

⁶²³ Véase FJ 3º STC 115/1987, de 7 de julio. RTC/1987/115.

⁶²⁴ Véase FJ 4 STC 242/1994, de 20 de julio. RTC 1994/242.

al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado Internacional, señaladamente la DUDH, el PIDCP y el Convenio Europeo de Derecho Humanos.⁶²⁵ Ahora bien, otra cosa muy distinta es que un precepto de dicho Convenio pueda fundamentar, por sí solo, la demanda de amparo, al margen de la contemplación constitucional del derecho fundamental (art. 28.1 C. E.), porque elevar la norma internacional en norma fundamental conllevaría la vulneración del art. 53.2 de la C. E., ya que fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna.⁶²⁶

1.1.4.2. La contradicción entre la LO 2/2009 y los Tratados Internacionales

Hay que destacar, por otro lado, la importancia de interpretar la LO 2/2009 de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país. Además, “España ha ratificado el Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo (...), en el cual, tras declarar que las organizaciones de trabajadores (y de empresarios) «tienen el derecho de redactar sus Estatutos y Reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción», señala con todo énfasis que «las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal»⁶²⁷.

El artículo 10.2 del texto constitucional no convierte a tales Tratados y Acuerdos Internacionales en cánón autónomo de validez, ya que si así fuera

⁶²⁵ Véase FJ 4. STC 38/1981, de 23 de noviembre. RTC/1981/38. En el mismo sentido, véase FJ 5. STC 84/1989, de 10 de mayo. RTC 1989/84.

⁶²⁶ Véase FJ 5. STC 84/1989, de 10 de mayo. RTC 1989/84.

⁶²⁷ Véase FJ 2 STC 23/1983, de 25 de marzo. RTC 1983/25.

sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Los textos y Acuerdos Internacionales constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos⁶²⁸. Pero el art. 10.2 de la Constitución, establece una “conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E. que, por definición, no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso.”⁶²⁹

Y, en consecuencia, el legislador también estaría sujeto a esta obligación de interpretación conforme a los Tratados Internacionales.

⁶²⁸ Véase FJ 4. STC 64/1991, de 22 de marzo. RTC 1991/64.

⁶²⁹ Véase FJ 5. STC 36/1991, de febrero. RTC 1991/36.

Como hemos tenido ocasión de ver, el TC se apoya de manera muy importante en la normativa internacional para resolver la cuestión y declara en base a ello la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados⁶³⁰.

En relación al derecho de huelga, el TC en su sentencia 259/2007⁶³¹, remite casi en su totalidad a la resolución anterior⁶³² por lo que, sin resultar reiterativos, se basa igualmente en que son derechos fundamentales que no corresponden a la persona por razón de la nacionalidad o de la situación administrativa en la que se encuentren, sino por el hecho de ser trabajador. Por ello, no resultaría constitucionalmente admisible la separación entre titularidad y ejercicio del derecho de huelga y menos, la condición de estar en posesión de la autorización de trabajo para ejercitarlos, porque la exclusión de este derecho a los extranjeros que trabajen sin la correspondiente autorización administrativa supondría la vulneración de los artículos 28.2⁶³³, 10.2⁶³⁴ y 13

⁶³⁰A mayor abundamiento acerca de la STC 236/2007, CEINOS SUÁREZ, A.; Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000: Comentario a las sentencias TC 236/2007, de 7 de diciembre y 256/2007, de 19 de diciembre. Revista Aranzadi Tribunal Constitucional, num. 20/2007. Aranzadi. Pamplona. 2007; DE ALBA BASTARRECHEA, E.; Sobre Derechos y Libertades..., op. cit.; PÉREZ SOLA, N.; La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. nº 17. 2008; KAHALE CARRILLO, D. T.; La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Temas Laborales. nº 95. 2008; RAMOS QUINTANA, M. I.; "Los derechos fundamentales laborales...", op. cit.; "Acierta plenamente el TC cuando elimina las restricciones a ambos derechos, se esté o no con papeles en España", GARCIA NINET, J. I.; Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los "sin papeles". Tribuna Social. nº 205. 2007; MONEREO PÉREZ, J. L.; y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. BIB 2010/152. Aranzadi Social num. 20/2009. Aranzadi. Pamplona. 2009; "El recurso a la normativa internacional se ha efectuado de manera interesada. Los Tratados Internacionales no pueden sostener una pretensión de esa índole..." RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., y BAYLOS GRAU, A.; Inmigración..., op. cit.

⁶³¹ De 19 de diciembre. RTC/2007/259.

⁶³² STC 236/2007, de 7 de diciembre. RTC/2007/236. MARÍN ALONSO, I.; En AA.VV, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Derechos sociales, garantías y restricciones de los derechos de los inmigrantes en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2009.

⁶³³Art. 28 CE "2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad."

⁶³⁴Art. 10 CE "2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

CE⁶³⁵, y su conexión con la dignidad humana; el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶³⁶, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶³⁷, el artículo 8.1 d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³⁸ y el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶³⁹.

Y esa vulneración de la normativa internacional es el principal argumento que utiliza el TC para declarar la inconstitucionalidad de la expresión “cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”.

Además debemos recordar, que se trata de es uno de los derechos laborales que corresponde a los trabajadores⁶⁴⁰, y según el artículo 36.3 LOEX, la carencia de la autorización no invalida el contrato de trabajo⁶⁴¹.

⁶³⁵ Art. 13 CE “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.”

⁶³⁶ Art. 23 DUDH “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”

⁶³⁷ Art. 22 PIDCP “1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía. 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 (RCL 1977, 997) relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.”

⁶³⁸ Art. 8 PIDESC “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: ...d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”

⁶³⁹ Art. 11 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

⁶⁴⁰ Art. 4 ET “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:... e) Huelga.”

El TC, en definitiva y en consonancia con lo que requiere el derecho fundamental considerado, reconoce los derechos colectivos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga a los extranjeros cualquiera que sea la situación administrativa en la que se encuentren, en igualdad de condiciones que los españoles.

Pese a lo anterior, puede señalarse una postura crítica a tal doctrina. Así, es cierto que el TC se apoya de una manera importante en la normativa internacional. Sin embargo, tanto el Convenio n. 97⁶⁴², como el Convenio relativo al Estatuto jurídico del Trabajador migrante⁶⁴³, se refieren al concepto de trabajador migrante con los términos “legalmente” y “autorizado” respectivamente. Para seguidamente reconocer, éste último convenio, el derecho a la libertad sindical a los trabajadores en las condiciones previstas en la legislación nacional para sus propios nacionales⁶⁴⁴. Con lo cual, a la hora de otorgar el derecho de libertad sindical a los trabajadores extranjeros, parten de una situación regular⁶⁴⁵.

El Convenio n. 87 de la OIT establece el derecho de libertad sindical de manera general a todos los trabajadores⁶⁴⁶, obligando a todo miembro que haya ratificado el convenio “a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas

⁶⁴¹ Véase FJ 7º STC 259/2007, de 19 de diciembre. RTC/2007/259.

⁶⁴² Art. 6 Convenio nº 97 OIT. “1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, (...) un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con (...) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos.”

⁶⁴³ Art. 1 Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador migrante. “Para el objeto de este Convenio, 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.”

⁶⁴⁴ Artículo 28 Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador migrante. “Cada Parte Contratante reconoce a los trabajadores el derecho de afiliación sindical, con el fin de proteger sus intereses económicos y sociales, en las condiciones previstas en la legislación nacional para sus propios nacionales.”

⁶⁴⁵ CEINOS SUÁREZ, A.; Los derechos y libertades..., op. cit., p. 5

⁶⁴⁶ Art. 2 Convenio nº 87 OIT “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”

para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación⁶⁴⁷, y se refiere a ellos mediante el término “trabajador” o “empleador”, pero no alude al concepto “inmigrante/migrante”.

De una interpretación amplia de este convenio deberíamos encuadrar dentro del concepto de trabajador el de inmigrante, reconociéndose, por tanto, la libertad sindical a todos los trabajadores, extranjeros o no, algo que también contemplan otros convenios internacionales sobre inmigración⁶⁴⁸.

La regulación legal de la extranjería, al contemplar derechos y libertades básicos, debe ir en consonancia tanto con la CE como con los demás Tratados Internacionales ratificados por España. Así el requisito de la situación administrativa, como hemos visto, se recoge en el convenio nº 97 de la OIT, en el Convenio Europeo del trabajador migrante de 1977, en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que requieren residir legalmente⁶⁴⁹ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, con la expresión “autorizados a trabajar”⁶⁵⁰.

Por lo que este sería un argumento válido para cuestionar la decisión del TC al fundar la inconstitucionalidad por contradicción a los Tratados Internacionales.

Aunque si bien es cierto que se esté reconociendo cada vez más la igualdad y la no discriminación del extranjero y del inmigrante, incluido el derecho a la libre circulación⁶⁵¹, todavía se exigen ciertos requisitos a los nacionales de terceros estados para entrar, circular y trabajar en un país⁶⁵².

⁶⁴⁷ Art. 11 Convenio nº 87 OIT

⁶⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., p. 101.

⁶⁴⁹ “Considerando que corresponde a los Estados miembros garantizar que los trabajadores de terceros países y los miembros de su familia que residen legalmente en un Estado miembro de la Comunidad puedan beneficiarse, en sus condiciones de vida y de trabajo, de un trato comparable al que reciben los trabajadores de dicho Estado miembro.”

⁶⁵⁰ Art.15 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Libertad profesional y derecho a trabajar. “3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutan los ciudadanos de la Unión.”

⁶⁵¹ Artículo 13 DUDH “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.”

⁶⁵² GARCIA MURCIA. J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., pp. 20-21.

De ahí que tengamos que señalar que estas normas específicas referidas concretamente a los trabajadores migrantes, en contraposición con la normativa internacional⁶⁵³ inciden en la regularidad⁶⁵⁴. Por lo que, a juicio de algún autor, se podría discutir el apoyo en la normativa internacional para el reconocimiento de estos concretos derechos colectivos sin atender a la situación administrativa⁶⁵⁵.

Podría ser un intento, por parte de los textos internacionales, de reconocer al extranjero los derechos que derivan de su condición de trabajador con independencia de la situación administrativa,⁶⁵⁶ pues la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁶⁵⁷, reconoce dentro de los derechos de los inmigrantes la igualdad de trato y las mismas condiciones legales para los trabajadores inmigrantes y los trabajadores nacionales, el derecho de afiliación sindical sin condición de residencia⁶⁵⁸. No obstante, resulta curioso que esta Convención no ha sido ratificada por España, es más, no lo ha sido por ningún país de la UE, ya que “los países que han ratificado la Convención son en su mayoría países de origen de los inmigrantes. Los Estados Miembros de la Unión Europea, los Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Japón y los demás países occidentales que son receptores de gran número de inmigrantes

⁶⁵³ Que con carácter general reconocen de manera universal los derechos de libertad sindical y de huelga.

⁶⁵⁴ CEINOS SUÁREZ, A.; *El trabajo...*, op. cit., pp. 415 y ss.

⁶⁵⁵ CEINOS SUÁREZ, A.; *Los derechos y libertades...*, op. cit., p. 5.

⁶⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; *Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo*. Temas Laborales. nº59. 2001, p. 23.

⁶⁵⁷ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁶⁵⁸ Art. 26 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares “1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas. 2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.”

no han ratificado ni firmado la Convención hasta la fecha”⁶⁵⁹, lo que podría llevar a pensar la inexistencia de interés en el reconocimiento de ciertos derechos de una forma tan explícita, puesto que otros Convenios o Tratados Internacionales al mencionar, como hemos visto, la situación administrativa, pueden ser objeto, y realmente lo son, de diversas interpretaciones.

En relación a los derechos colectivos en cuestión, las restricciones a éstos colisionarían con la apertura hacia la protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, manifestación de la libertad y de autonomía que la Constitución Española reconoce, al margen de la nacionalidad, a los trabajadores que se encuentren en territorio nacional. Además de contribuir mediante estos textos internacionales, a la mejora del estatuto de los inmigrantes irregulares⁶⁶⁰.

Con estos argumentos cabe cuestionar si la normativa internacional realmente reconoce el derecho de libertad sindical.

Podríamos entender que si no se tuviera en cuenta la normativa internacional y se estableciera la restricción de ciertos derechos atendiendo a la situación administrativa, posibilidad que se establece sin afectar al contenido esencial, no se estaría avanzando al ritmo que lo hace dichas normas internacionales cuya tendencia es la protección y reconocimiento de un conjunto de derechos más amplio. Además de algo más importante como es la lucha contra la explotación, el tráfico de personas, la clandestinidad, la actividad delictiva, la economía sumergida, siendo en todas estas situaciones la principal víctima el inmigrante irregular.

⁶⁵⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La Convención internacional para los trabajadores migratorios». Diario Oficial de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:302:0049:0049:ES:PDF>

⁶⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., pp. 102-103.

1.2. La regulación vigente de los derechos colectivos de los extranjeros irregulares

Aunque haya opiniones que consideran la reforma operada por la LO 2/2009 como una operación de “maquillaje” perturbadora en el sentido de aumentar notablemente el “volumen” de la reforma,⁶⁶¹ en realidad supone una de las reformas más importantes en materia de extranjería. Así, dicha norma incorpora la doctrina⁶⁶² del TC elaborada a partir de 2007 y el mandato de las Directivas Comunitarias sobre inmigración.

Afirma la doctrina laboralista que la reforma era necesaria, sin duda, a la luz de los importantes cambios en la economía y en el mercado de trabajo⁶⁶³.

La gran novedad es la garantía de los derechos humanos fundamentales que pertenecen a la persona como tal según ha establecido el TC, siendo por tanto destinatarios todos los extranjeros, tanto regulares como irregulares, reforzando los derechos de los inmigrantes en el marco de la normativa internacional y ordenando los flujos migratorios laborales con para luchar contra la inmigración irregular y el tráfico ilícito de personas⁶⁶⁴.

Para esta norma, el destinatario principal es el extranjero y el secundario el extranjero irregular, pues sólo se ocupará de ellos para la garantía de los derechos sociales fundamentales, manteniéndose el espíritu de reformas

⁶⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La nueva legislación de extranjería e inmigración. Relaciones Laborales, nº 8, 2010, pp. 2-3.

⁶⁶² TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., pp. 60 y ss. Comentario en profundidad sobre las sentencias del Tribunal Constitucional en relación a los derechos colectivos, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Repensar los derechos..., op. cit. En relación al derecho de reagrupamiento familiar y la asistencia jurídica gratuita también tratados por el TC, comentario de los mismos autores, Repensar los derechos fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre (II). Relaciones Laborales, nº 1, 2008.

⁶⁶³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena. En AA.VV.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.); Inmigración y movilidad de los trabajadores. La Ley. Madrid, 2010, p. 376.

⁶⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El modelo de protección legal..., op. cit., p. 3; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La nueva legislación..., op. cit., p. 3.

anteriores en cuanto a la imposición de límites en caso de residencia no legal⁶⁶⁵.

Es más, cierto sector doctrinal opina que la reforma no era tan necesaria y que desde la perspectiva de los derechos humanos, existirían aspectos “francamente rechazables”, entre ellos, la regulación del derecho de educación, el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda, la regulación regresiva del derecho a la reagrupación familiar, el exceso sancionador y la criminalización del inmigrante irregular, el llamado delito de solidaridad y la ampliación del internamiento.

La política de inmigración, el estatuto de derechos y la reagrupación familiar constituyen las “auténticas y genuinas dimensiones y/o ejes” de la reforma, que constituirán tanto los pilares de la misma como los principales motivos de la nueva regulación.⁶⁶⁶

Los fallos del TC tuvieron como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de los derechos colectivos de reunión, asociación, sindicación y huelga, estableciéndose una nueva doctrina legal y jurisprudencial en la regulación de los derechos de los extranjeros, clara y netamente superadora de la que se había estado considerando⁶⁶⁷ que no es otra que la clasificación tripartita del Tribunal Constitucional⁶⁶⁸.

Aunque el avance en los derechos ya se había producido con el artículo 36.3 (actual 36.5) LO 2/2009⁶⁶⁹, que daba validez al contrato de trabajo celebrado

⁶⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada, 2010, p. 5.

⁶⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El modelo de protección legal..., op. cit., p. 6.

⁶⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El modelo de protección legal..., op. cit., p. 7.

⁶⁶⁸ STC 107/1984, de 23 noviembre RTC/1984/107.

⁶⁶⁹ Art. 36 LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. “5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de

por un extranjero en situación irregular, por el que se le reconocían los derechos laborales derivados de la condición de trabajador. Sin embargo, la nueva reforma aunque sigue manteniendo la validez del contrato, concreta, a diferencia de la versión anterior, las prestaciones que pueden corresponderle y que serán las derivadas de contingencias profesionales⁶⁷⁰. Asumiendo así la doctrina acogida por el TS, en unificación de doctrina, en la importante sentencia de 18 de marzo de 2008⁶⁷¹ que establecía que “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”, además se previene la posible regularización encubierta al establecer, en el mismo artículo, que “salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.”⁶⁷². Se endurece la protección social del inmigrante ilegal y se aclara que acceder a la prestación no afecta a la ilegalidad en la que se encuentre⁶⁷³.

protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

⁶⁷⁰ El TS consolidó doctrina en sus STS 9 de junio RJ 2003/3936 y 7 de octubre de 2003 RJ 2003/6497. Al respecto y tras la reciente reforma, DÍAZ AZNARTE, M. T.; El trabajador extranjero en situación administrativa irregular. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada, 2010, pp. 405 y ss.

⁶⁷¹ RJ 2008/2065. Reiterada en la STS también unificadora de doctrina de 12 de noviembre de 2008, RJ 2008/5970. Al respecto numerosos comentarios doctrinales, sin ánimo exhaustivo, CHARRO BAENA. P.; “Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo”. Aranzadi Social n. 13, 2009. ORTEGA GIMÉNEZ, A.; El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 764, 2008 parte Comentario; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; La construcción del nuevo paradigma..., op. cit.; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; Relevancia de la Seguridad Social en la regulación jurídica del trabajo de extranjeros, según la reforma-2009 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Revista Aranzadi Doctrinal num. 1, 2010 parte Estudio; CARRASCOSA BERMEJO, D.; Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (ST 18.03.2008, REC 200/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RD Ley 4/2008). En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum, Murcia. 2008, pp. 135 y ss.

⁶⁷² MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El modelo de protección legal..., op. cit., p. 12.

⁶⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La nueva legislación..., op. cit., p. 10.

Vamos a centrarnos en los derechos colectivos de los extranjeros irregulares, como uno de los ejes principales de la reforma tras las sentencias del Tribunal Constitucional.

1.2.1. El derecho de reunión

1.2.1.1. El Derecho de Reunión como Derecho Fundamental

La Constitución Española⁶⁷⁴ reconoce, a todas las personas, el derecho de reunión pacífica y sin armas, sin necesidad de autorización previa (art. 21 CE). En caso de reunión en lugares de tránsito público y manifestaciones se comunicará a la autoridad que únicamente podrá prohibirlas cuando existan razones de alteración del orden público, con peligro para las personas o los bienes⁶⁷⁵. Asimismo el derecho de reunión se encuentra regulado por Ley Orgánica⁶⁷⁶.

El TC incluye el derecho de reunión en la clasificación tripartita que estableció en la sentencia de 23 de noviembre de 1984⁶⁷⁷ mediante la cual configura el mismo como un derecho de la persona derivado de la dignidad humana, motivo por el que no debería admitirse diferencia en cuanto a su ejercicio entre españoles y extranjeros⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Art. 21 CE. Sobre el derecho de reunión, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.; Derechos de reunión y manifestación; perspectiva constitucional. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 9/2002. Aranzadi. Pamplona. 2002. Y MARÍN ALONSO, I.; Los derechos colectivos de los inmigrantes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AA.VV. SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008, pp. 81 y ss.

⁶⁷⁵ "Solo cuando existan graves y demostradas razones para prohibir la manifestación será admisible tal medida (...) aunque aquí es imposible hacer reglas generales, debiendo estar a lo que ocurra en cada caso concreto." TORRES MURO, I.; El derecho de reunión y manifestación. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Civitas. Madrid. 1991, pp. 136-137.

⁶⁷⁶ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión (BOE núm. 170, de 18 de julio), en su redacción dada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril (BOE núm. 96, de 22 de abril).

⁶⁷⁷ STC 107/1984, de 23 de noviembre. RTC/1984/107.

⁶⁷⁸ Art. 7 LO 8/2000. "1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de

Ello va en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁷⁹, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁸⁰ y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁶⁸¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido este derecho como “uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo individual”⁶⁸²; y como el “pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan a una «sociedad democrática»; aunque a veces haya que subordinar los intereses de los individuos a los de un grupo. La democracia no consiste en la supremacía constante de la opinión de una mayoría, sino que obliga a un equilibrio que garantice a las minorías un tratamiento justo y que evite todo abuso de una posición dominante”⁶⁸³. Asimismo, el TEDH ha conectado el derecho de reunión con el derecho de asociación⁶⁸⁴ y con el de libertad de expresión⁶⁸⁵

estancia o residencia en España. 2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.”

⁶⁷⁹Art. 20 DUDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.”

⁶⁸⁰ Art. 21 PIDCP “se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

⁶⁸¹Art. 11 CEDH. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.”

⁶⁸² STEDH de 20 mayo 1999 TEDH 1999/23

⁶⁸³ STEDH de 29 abril 1999 TEDH 1999/16

⁶⁸⁴ Art. 11 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

⁶⁸⁵ Art. 10 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

contemplados en el Convenio Europeo de Derecho Humanos al establecer que, “a pesar de su papel autónomo y la especificidad de su esfera de aplicación, el artículo 11 respecto a la libertad de reunión y asociación, debe contemplarse también a la luz del artículo 10 que se refiere a la libertad de expresión. La protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagradas por el artículo 11”⁶⁸⁶.

Entiende el TC que el derecho de reunión es una “manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones”. Considera a este derecho como “vehículo de realización de los derechos de expresión y asociación”, y poniendo de manifiesto “el relieve fundamental que este derecho -cauce del principio democrático participativo- posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución”⁶⁸⁷.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

⁶⁸⁶ STEDH de 30 de enero. TEDH 1998/1. En el mismo sentido la STEDH de 25 mayo TEDH 1998/23.

⁶⁸⁷ Entre otras, SSTC de 8 mayo de 1995 RTC/1995/66; de 28 octubre de 2002 RTC/2002/196; de 27 de octubre de 2003 RTC/2003/195, al respecto SANZ PÉREZ, A.L.; ¿Hacia una nueva visión expansiva del derecho de reunión y de los derechos fundamentales? Repertorio del Tribunal Constitucional num. 1/2004. Aranzadi. Pamplona. 2004; y de 7 noviembre de 2005 RTC/2005/284.

1.2.1.2. El Derecho de reunión como derecho laboral de todo trabajador

El derecho de reunión ha sido y sigue siendo paradigma de la ciudadanía política⁶⁸⁸. Es un derecho laboral básico del trabajador que faculta a éste a reunirse, mediante la asamblea, en la empresa y/o centro de trabajo⁶⁸⁹. Un derecho que alcanza también a los trabajadores extranjeros pues el ET no establece condiciones ni limitaciones en función de la nacionalidad⁶⁹⁰.

Salvando la exigencia de la autorización de residencia⁶⁹¹, la regulación jurídica del derecho de reunión no presenta ningún obstáculo al ejercicio del derecho por parte del extranjero.⁶⁹²

Al igual que sucede con otros derechos laborales, el derecho de reunión se extiende también, en virtud del artículo 36.3 LOEX, a los extranjeros en situación irregular por entenderse como válido el contrato de trabajo.

Además, por encontrarse incardinado en la cotidianeidad, la limitación del derecho carece de sentido, sobre todo si la actuación de la autoridad gubernativa no se acompaña con la sanción a su ejercicio cayendo en la posibilidad de sancionar a los extranjeros irregulares por el hecho de serlos⁶⁹³.

Tal y como establece el TC, la asamblea constituye uno de fines lícitos para los que puede ejercitarse el derecho de reunión.⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Repensar de los derechos sociales..., op. cit., pp. 360 y ss. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., pp. 194 y ss.

⁶⁸⁹ Art. 4 ET "1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:...f) Reunión."

⁶⁹⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 805; PRADOS DE LOS REYES, F. J.; El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 9, 1982, p. 592.

⁶⁹¹ Derecho que por su carácter laboral básico y social, además de fundamental unido estrechamente a la dignidad humana, no puede ser limitado según la situación, de regularidad o irregularidad, en la que se encuentre el extranjero, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Repensar de los derechos sociales..., op. cit., p. 361.

⁶⁹² Art. 77 a 81 ET. CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 432.

⁶⁹³ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., pp. 92-93.

⁶⁹⁴ STC (Sala Primera) 18/1981 de 8 junio RTC/1981/18

Los trabajadores de la empresa podrán ejercer el derecho de reunión mediante asamblea de trabajadores. Será convocada por los delegados de personal, el comité de empresa o centro de trabajo, o por los trabajadores. La asamblea será presidida, en todo caso, por el comité de empresa o por los delegados de personal, debiendo comunicarse al empresario de la convocatoria e integrantes⁶⁹⁵.

En definitiva, se trata de derechos de carácter social y fundamental indispensable por la que todo trabajador que se manifieste en la reunión, lo hará con la intención de tratar y solucionar temas. Así, la exigencia de la residencia carece de consecuencia real, pues la presencia de extranjeros irregulares no permite a la autoridad gubernativa suspender o disolver la reunión, al mismo tiempo que los organizadores no asumen ninguna responsabilidad por la presencia de aquéllos⁶⁹⁶.

Por estar convocada y presidida por delegados de personal, remitimos la explicación al apartado de negociación colectiva donde veremos los requisitos que deben cumplir los trabajadores extranjeros.

1.2.2. El derecho de asociación

1.2.2.1. El Derecho de Asociación como Derecho Fundamental

El derecho de asociación viene reconocido por la Constitución Española en el artículo 22⁶⁹⁷. En relación a este precepto constitucional, el TC establece

⁶⁹⁵ Art. 77 ET

⁶⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Repensar los derechos sociales..., op. cit., p. 363.

⁶⁹⁷ Art. 22 CE "1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar."

que el mencionado artículo no distingue entre extranjeros y españoles, y que las posibles restricciones a su ejercicio “son las que se contienen en el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual el ejercicio de tal derecho no podrá ser objeto de más restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos y libertades ajenas. En términos similares se expresa el art. 22.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Así pues, ni el art. 22 de la Constitución, ni los tratados internacionales permiten otras restricciones que las expuestas, (...) El art. 53.1 obliga a la Ley, en todo caso, a respetar el contenido esencial para reconocer los derechos y libertades reconocidos en el Título I.”⁶⁹⁸

Respecto al contenido del derecho de asociación, éste ha de interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse: en efecto, el artículo 20.2 de la mencionada Declaración Universal establece que «nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación», mientras que la libertad positiva se encuentra reconocida, dentro de ciertos límites, por el artículo 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 11 del Convenio de Roma.” Libertad positiva como “la superación del recelo con que el Estado liberal contempló el derecho de asociación” y la libertad negativa o de no asociarse como garantía “frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de Corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran del monopolio de una determinada actividad social.”⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ STC 115/1987 de 7 julio RTC/1987/115

⁶⁹⁹ STC 67/1985 de 24 mayo RTC 1985/67

Conforme al vigente art. 8 LO 2/2009, “Todos los extranjeros tiene el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”⁷⁰⁰. Por su parte, el derecho de asociación reconocido constitucionalmente⁷⁰¹ se regirá por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 marzo, de asociaciones⁷⁰², excepto para los sindicatos y organizaciones empresariales, entre otras, que se estará a lo dispuesto por las normas específicas⁷⁰³: la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical⁷⁰⁴, para las primeras, y la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical⁷⁰⁵, para las segundas.

En el mismo sentido respecto a la vigencia, el RD 873/1977, de 2 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del derecho de asociación sindical⁷⁰⁶.

Debemos tener presente que el citado RD 873/1977, estuvo vigente hasta el 20 de septiembre de 2015 quedando derogado por el que Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.⁷⁰⁷

El extranjero con independencia de su situación administrativa podrá ejercer el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles, con lo cual los requisitos exigidos serán los mismos para unos y para otros.

Así, para asociarse tendremos que estar a lo dispuesto para los españoles y el tipo de organización de que se trate.

⁷⁰⁰ Art. 8 LOEX 2/2009, de 11 de diciembre.

⁷⁰¹ Art. 22 CE “1. Se reconoce el derecho de asociación.”

⁷⁰² RCL/2002/854

⁷⁰³ Art. 1.3 LO 1/2002, de 22 de marzo.

⁷⁰⁴ BOE de 8 de agosto.

⁷⁰⁵ BOE de 4 de abril. Que aunque derogada por la LOLS permanecerá vigente la regulación relativa a las asociaciones profesionales y, particularmente, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce en el artículo 28.1 de la CE.

⁷⁰⁶ BOE de 28 de abril. Vigente hasta el 20 de septiembre de 2015.

⁷⁰⁷ BOE de 20 de junio de 2015.

1.2.2.2. Fundación y afiliación a asociaciones empresariales

Para el supuesto de las asociaciones empresariales se exige una estructura interna y funcionamiento democrático⁷⁰⁸. Y para adquirir personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, los promotores o dirigentes deberán depositar los estatutos en la oficina pública correspondiente⁷⁰⁹.

Pero ¿quiénes pueden ser promotores o dirigentes? El artículo 1 de la Ley 19/1977, habla de trabajadores y empresarios tanto para poder constituir asociaciones profesionales como para poder afiliarse a ellas⁷¹⁰.

El Tribunal Supremo establece que, “la disposición derogatoria de la LOLS pone claramente de manifiesto que las asociaciones empresariales son una especie del género asociaciones profesionales” y que “han de estar proyectadas para intervenir en las relaciones laborales, contribuyendo, como dice el art. 7 de la Constitución, en paralelo con los sindicatos, «a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Los medios típicos de acción de las asociaciones empresariales son la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el diálogo social y la participación institucional en los organismos públicos de las Administraciones Públicas”. Sigue el Tribunal exponiendo que “una asociación profesional de empresarios que no esté diseñada para desarrollar estas actividades en el campo de las relaciones laborales no es una asociación empresarial en el sentido estricto que tiene la expresión en nuestro

⁷⁰⁸ Art. 7 CE “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.” Al respecto RUBIO DE MEDINA, M. D.; Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros. Temas Laborales. nº 105. 2010, p. 170.

⁷⁰⁹ Art. 4.1 LOLS, art. 3 L 19/1977, de 1 de abril y art. 1 RD 873/1977, de 22 de abril.

⁷¹⁰ Art. 2 L 19/1977.

ordenamiento, por lo que queda fuera, por razón de la materia, de la competencia de la Jurisdicción Social.”⁷¹¹

Por ello, los promotores y quienes deban depositar los estatutos de la asociación empresarial serían los empresarios. Conforme al art. 1.2 ET, serán empresarios “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”⁷¹². Las personas referidas son los “trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”⁷¹³. El empresario podrá acreditar su condición de empleador mediante el acto de encuadramiento del alta en la Seguridad Social. Si se tratara de un empresario que tiene contratados únicamente a trabajadores extranjeros pero no los tiene dados de alta, no podría acreditar su condición de empresario y no podría, por tanto, constituir una organización o asociación de este tipo. De igual manera si el empresario es extranjero y tiene contratados trabajadores tanto españoles como extranjeros sin estar de alta, tampoco cumpliría con la condición exigida.

1.2.2.3. La constitución y afiliación a asociaciones profesionales por trabajador autónomo extranjero

El derecho de los trabajadores extranjeros a afiliarse, en las mismas condiciones que los españoles, a una organización profesional aparece recogido junto al derecho de libertad sindical y a la huelga⁷¹⁴.

⁷¹¹ STS de 25 enero 1999. RJ 1999/1022

⁷¹² Art. 1.2 ET

⁷¹³ Art. 1.1 ET

⁷¹⁴ Art. 11 LOEX 1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. 2. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles.»

La primera cuestión que se suscita es qué se entiende por “organización profesional” y a qué se refiere la LO 2/2009.

La CE no contempla expresamente el derecho a crear o a afiliarse a organizaciones profesionales, remitiendo dicha posibilidad a la ley, que sólo exige que la estructura interna y el funcionamiento sean democráticos⁷¹⁵.

Este tipo de organizaciones vienen contempladas en el art. 52 de la Constitución Española⁷¹⁶ que señala que “la Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

Y aunque la LO 2/2009 las recoge junto a la libertad sindical y la huelga, el Tribunal Supremo diferencia esta figura de la del sindicato, estableciendo que “el sindicato es una asociación permanente de trabajadores asalariados constituida para la promoción y defensa de sus intereses, principalmente los que atañen a sus condiciones de vida y de trabajo”⁷¹⁷.

El art. 3 LOLS permite la la afiliación a sindicatos de trabajadores por cuenta propia sin trabajadores a su servicio. No pueden constituir sindicatos, sin

⁷¹⁵ Art. 52 CE “La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

⁷¹⁶“El artículo citado se refiere a «organizaciones profesionales», dentro de las cuales, y ante la latitud de la expresión, pueden comprenderse sin dificultad entidades de tipo corporativo” STC (Pleno) de 18 julio RTC/1989/132. Sobre el carácter público o privado de estas organizaciones se expresa la STC de 16 junio RTC/1994/179, “el art. 52 CE se refiere a las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios; su regulación queda reservada a la Ley y su estructura interna y funcionamiento -dice el art. 52 CE- deberán ser democráticos. Nada dice el precepto en cuestión sobre el carácter público o privado de tales organizaciones y menos aún sobre la adscripción obligatoria a las mismas de los profesionales de los diversos sectores. La existencia de organizaciones profesionales encuentra, sin duda alguna, fundamento constitucional en el art. 52 CE, pero el problema que hemos de resolver no es éste, sino el de determinar si encuentra justificación, en la Constitución, un modelo de organización profesional articulado a través de una Corporación Pública que impone la adscripción forzosa de los profesionales a la misma por lo que ello supone de tratamiento excepcional respecto del principio de libertad.”

⁷¹⁷ STS (Sala de lo Social) de 10 diciembre 1999 RJ/1999/9727.

perjuicio de poder constituir asociaciones al amparo de su legislación específica.

La STC 98/1985⁷¹⁸ señaló que esa legislación específica estaba constituida “por los preceptos no derogados por la Ley 19/1977 del 1 de abril, y del RD 873/1977” que lo desarrollaba⁷¹⁹.

En consecuencia, los trabajadores por cuenta propia pueden constituirse mediante la figura de la asociación profesional con un régimen jurídico distinto al sindicato. Para algún autor, sin embargo, el lugar apropiado para este derecho se encontraría entre los sindicatos con un régimen jurídico desarrollado por la normativa *ad hoc*.⁷²⁰

Así, OJEDA AVILÉS señala que, en realidad se trata de un sindicato con regulación separada y diferenciada ya que, aunque formalmente no se habla de asociaciones de sindicatos, dichas asociaciones realizan reivindicaciones, negocian en nombre de los sindicatos y proponen medidas con la aprobación de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo en 2007.⁷²¹

En consecuencia, los trabajadores por cuenta propia podrán constituirse mediante la figura de la asociación profesional y con un régimen jurídico distinto al del sindicato.

Con la aprobación de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo en 2007⁷²², se ha clarificado el panorama asociativo de estos trabajadores porque el mismo desarrolla el derecho específico reconocido en el artículo 20. Así, si acudimos a la LETA se señala que este tipo de asociaciones profesionales del trabajador

⁷¹⁸ STC (Pleno) 98/1985 de 29 julio RTC/1985/98. Sentencia que establece que la restricción es acorde con la CE.

⁷¹⁹ Ya que la disposición derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical derogaba dichas normas en todo y cuanto se oponía a la misma, permaneciendo vigente la regulación que contiene referida a las asociaciones profesionales y, en particular, a las empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a los efectos de lo dispuesto en el art. 28.1 CE y de los Convenios Internacionales suscritos por España, STS 10 diciembre 1999 RJ/1999/9727.

⁷²⁰ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 156.

⁷²¹ OJEDA AVILÉS, A.; La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos. Aranzadi Social num. 10/2000 (Estudio). Aranzadi. Pamplona. 2000, pp. 3 y ss.

⁷²² Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE de 12 de julio de 2007. En adelante LETA.

autónomo se constituirán y regirán por la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.⁷²³

Así, el TC en pronunciamientos posteriores también se ha manifestado acerca de este tipo de asociaciones, y aunque en ocasiones y con distintos argumentos las ha encuadrado dentro del artículo 52 de la CE.⁷²⁴

Por lo que si optamos por considerar la asociación profesional dentro del art. 52 CE la posibilidad se reduciría a la sola afiliación⁷²⁵.

Los trabajadores autónomos, en definitiva, deberán regirse por su regulación específica a la hora de constituir o afiliarse a una organización profesional⁷²⁶.

Y en opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, las asociaciones de empresarios se encuadrarían genéricamente dentro del derecho de asociación⁷²⁷.

⁷²³ Art. 20.1 LETA “1. Las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se constituirán y regirán por lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y sus normas de desarrollo, con las especialidades previstas en la presente Ley.”

⁷²⁴“El artículo citado se refiere a «organizaciones profesionales», dentro de las cuales, y ante la latitud de la expresión, pueden comprenderse sin dificultad entidades de tipo corporativo” STC (Pleno) de 18 julio RTC/1989/132. Sobre el carácter público o privado de estas organizaciones se expresa la STC de 16 junio RTC/1994/179, “el art. 52 CE se refiere a las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios; su regulación queda reservada a la Ley y su estructura interna y funcionamiento -dice el art. 52 CE- deberán ser democráticos. Nada dice el precepto en cuestión sobre el carácter público o privado de tales organizaciones y menos aún sobre la adscripción obligatoria a las mismas de los profesionales de los diversos sectores. La existencia de organizaciones profesionales encuentra, sin duda alguna, fundamento constitucional en el art. 52 CE, pero el problema que hemos de resolver no es éste, sino el de determinar si encuentra justificación, en la Constitución, un modelo de organización profesional articulado a través de una Corporación Pública que impone la adscripción forzosa de los profesionales a la misma por lo que ello supone de tratamiento excepcional respecto del principio de libertad.”

⁷²⁵ RUBIO DE MEDINA, M. D.; Asociaciones empresariales..., op. cit., p. 177.

⁷²⁶ Art. 1 LETA “1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.”

⁷²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980, pp. 101-102

A la cuestión de por qué podrían afiliarse pero no constituir un sindicato⁷²⁸, el TC, entiende que el sindicato se justifica por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios, frente a la que se ejercita, de la que derivan el derecho de huelga, de negociación colectiva y de conflicto. Éstos no podrán ser ejercidos por un sindicato de trabajadores autónomos, ya que, según el TC, “no existe motivo para considerar carente de fundamento razonable una regulación que en último término orienta el derecho de los trabajadores autónomos para defender sus intereses o hacia su integración en los sindicatos de trabajadores o, como hemos visto, hacia la constitución de «asociaciones al amparo de la legislación específica»”⁷²⁹.

Respecto al interés que motiva la constitución de estas organizaciones, la Ley no habla de fundarlos con otro tipo de interés, incluso pueden constituirse por diferentes tipos de trabajadores autónomos, con lo cual si atendemos al texto de la LETA, ésta contempla la posibilidad de fundar y afiliarse a asociaciones específicas sin autorización previa⁷³⁰.

No obstante, existen autores que entienden que la libertad de asociación no equivale a la libertad sindical⁷³¹, afirmando que debería reconocerse la libertad sindical plena a los trabajadores autónomos, pues la CE reconoce el derecho a “todos” sin especificar y son las leyes ordinarias, la LOLS, RDLRT y el ET, los que estrechan la titularidad. En tal sentido, podría pensarse que el art. 3 LOLS

⁷²⁸ Art. 19.1 LETA “a) Afiliarse al sindicato o asociación empresarial de su elección, en los términos establecidos en la legislación correspondiente.” SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2003, p. 48.

⁷²⁹ STC 98/1985 de 29 julio RTC/1985/98. En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F.; Los derechos colectivos del trabajador autónomo. Aranzadi Social num. 21/2007 (Estudio). Aranzadi, Pamplona. 2007, pp. 3 y ss. que contempla la doble afiliación de los autónomos tanto a sindicatos como a asociaciones profesionales.

⁷³⁰ Art. 19.1.b) LETA. Al respecto MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo. Aranzadi Social num. 2/2008 (Estudio). Aranzadi. Pamplona. 2008, pp. 24 y ss.

⁷³¹ OJEDA AVILÉS, A.; La sindicación de los trabajadores..., op. cit., pp. 1.

es nulo pues el TC entiende que el adverbio “todos”, incluye a los autónomos al utilizar en su art. 28.1 un “apelativo tan universal”⁷³².

Una vez hemos concretado brevemente qué es una organización profesional y la regulación a la que queda sujeta, tendremos que ver cuál es la situación de los extranjeros irregulares en relación a la posible fundación y afiliación.

La LETA, en cuanto a la constitución y el régimen de las organizaciones profesionales, remite a la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, con lo cual, se entenderán incluidas dentro del derecho de asociación del artículo 22 de la CE. Este dato resultará sumamente importante para concretar el derecho de asociación, el cual corresponderá a los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, en las mismas condiciones que los españoles⁷³³ pudiendo, en consecuencia, tanto constituir como afiliarse a una organización profesional de este tipo⁷³⁴.

Así, dentro del ámbito de aplicación de la LETA⁷³⁵, se incluye a los trabajadores extranjeros, por lo que, en virtud del artículo 19.1 letra b) de la LETA, tendrán derecho a fundar y afiliarse a asociaciones profesionales específicas⁷³⁶. El trabajador extranjero para la realización de una actividad económica por cuenta propia deberá cumplir los mismos requisitos exigidos a los españoles a la hora de “la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada (...), la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan”⁷³⁷; y la autorización de residencia y trabajo

⁷³² OJEDA AVILÉS, A.; La sindicación de los trabajadores..., op. cit., pp. 10-11.

⁷³³ Art. 8 LO2/2009 “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles.”

⁷³⁴ RUBIO DE MEDINA, M. D.; Asociaciones empresariales..., op. cit., p. 177.

⁷³⁵ Art.1 LETA “4. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores autónomos extranjeros que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.”

⁷³⁶ Art. 19. 1 LETA “b) Afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa.”

⁷³⁷ Art. 37 LO2/2009 “1. Para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan.”

que todo extranjero necesita para realizar una actividad laboral lucrativa o profesional en España⁷³⁸.

Por lo tanto, si las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se constituyen y se rigen según lo que disponga la LO reguladora del Derecho de Asociación y sus normas de desarrollo⁷³⁹, los requisitos que se exigen serán los mismos tanto para extranjeros como para los españoles, sin atención a la nacionalidad, ni a la situación administrativa.

El extranjero que se encuentre en situación regular mediante la cumplimentación de los trámites correspondientes podría afiliarse y, sobre todo, fundar una asociación de este tipo. Igual que si se tratara de un español.

Pero, en el caso del extranjero que reúne los requisitos del artículo 1.1 LETA⁷⁴⁰, (v. gr. el supuesto del súbdito colombiano o boliviano que realiza por cuenta propia trabajos de fontanería, electricidad, etc.) pero no se encuentra de alta como autónomo porque su situación en nuestro país no sea regular, ¿se le aplicará por analogía lo dispuesto para el trabajador por cuenta ajena del artículo 1.1 ET.?, ¿podría acceder a la condición de autónomo?; ¿por qué medios y cómo acredita que está realizando este tipo de trabajo? Si no está dado de alta como autónomo, y no puede demostrarlo ¿podría fundar una asociación profesional?, ¿y afiliarse?

Ese “trabajador” extranjero se encuentra efectivamente realizando una actividad laboral habitual, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, pero ¿cómo lo justifica?

⁷³⁸ Art. 36 LO2/2009 “1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.”

⁷³⁹ Art. 20 LETA.

⁷⁴⁰ Art. 1 LETA “1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.”

Al respecto entiendo que el extranjero irregular tendría reconocido el derecho de asociación general, el común y el derecho de asociación como derecho fundamental del art. 22 CE en las mismas condiciones que los españoles tal y como establece la LO 2/2009⁷⁴¹. Al encuadrar la asociación profesional dentro del citado contexto constitucional, como derecho fundamental, entiendo que el trabajador extranjero en situación irregular, podría tanto fundar asociaciones profesionales como afiliarse a ellas.

Ahora bien, salvando la circunstancia y volviendo al supuesto del extranjero irregular, admitiendo que puede además de afiliarse, constituir una asociación profesional, su situación administrativa le afectaría de algún modo en la creación de la asociación pues, entre otros requisitos, se exigiría para el depósito de estatutos, según la carta de servicios del Ministerio de Trabajo e Inmigración, acreditar la condición de trabajadores por cuenta ajena mediante la aportación de documentación que lo justifique: v. gr. nóminas, etc.⁷⁴²

Incluso en algunas Comunidades Autónomas se exige expresamente la autorización de residencia en vigor para la acreditación de la identidad de los fundadores⁷⁴³.

En Andalucía igualmente se exige, para el caso de ciudadano extranjero, copia de la tarjeta de residencia en vigor el día de la presentación de la solicitud⁷⁴⁴.

Sin embargo, puede darse el caso que en otros ámbitos no se exija la presentación del contrato u otra documentación al efecto, por lo cual es de suponer que podrán inscribirla.

Entre la doctrina también encontramos opiniones en el mismo sentido pues debido a la vertiente pública de la autoridad laboral, el extranjero en situación

⁷⁴¹ Art. 8 LO 2/2009 “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles.”

⁷⁴²http://info.mtin.es/es/sec_sub/inspeccionsservicios/cartas_de_servicios/cartas/estatutocs.htm#

II

⁷⁴³http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Trámite_FA&cid=1109168961281&definicion=Inscripcion+Registro&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444835&tipoServicio=CM_Trámite_FA

⁷⁴⁴http://www.juntadeandalucia.es/gobernacionyjusticia/opencms/portal/Justicia/ContenidosEspecificos/Asociaciones/Procedimientos/procedimiento_1?entrada=destinatarios&destinatarios=7

irregular podría ver limitado el ejercicio, no ya por el hecho de ser extranjero irregular, sino porque hay unos trámites que cumplimentar y se duda de la capacidad para ello⁷⁴⁵. Porque, en cualquier caso, cabe cuestionarse la validez del acta constitutiva de una asociación cuando el extranjero se encuentra en situación irregular, pues podría ser requerida la autorización de residencia al momento de inscribir la asociación⁷⁴⁶. Además de exponer su situación administrativa.

1.2.3. El derecho de libertad sindical

1.2.3.1. La Libertad sindical como derecho fundamental

Actualmente y tras la reforma por la LO 2/2009⁷⁴⁷, el derecho fundamental⁷⁴⁸ a la libertad sindical comprende el derecho de “todos” a constituir sindicatos y a afiliarse a los mismos. Elevar al máximo rango, el de fundamental, el derecho a sindicarse libremente demuestra la trascendencia como un derecho subjetivo público, ejercitable “erga omnes”. Entiende un sector de la doctrina laboralista que por ello y por su tutela universal, el TC acierta plenamente al eliminar las restricciones que padecían las regulaciones anteriores⁷⁴⁹.

La formulación que del principio de libertad se contiene en la CE, viene a ser una expresión fiel del contenido que respecto a él se acoge en las diferentes normas internacionales, entre ellas, los Convenios n. 87 y 98 de la OIT,

⁷⁴⁵ GARCÍA MURCIA, J.; *Derechos Laborales...*, op. cit., p. 33.

⁷⁴⁶ ESPINAR VICENTE, J. M.; *Comentarios...*, op. cit., p. 9.

⁷⁴⁷ Art. 11 LO 2/2009 Libertad de sindicación y huelga. “1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.”

⁷⁴⁸ Art. 28 CE “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

⁷⁴⁹ GARCÍA NINET, J. I.; *Libertad sindical...*, op. cit., pp. 10-11.

asimismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁵⁰.

La libertad sindical integra un derecho de organización y actuación colectiva que comienza con decisiones y conductas individuales. Es, por un lado, un derecho individual que sólo podrá ejercerse colectivamente, pero también un derecho colectivo que sólo podrá ser actuado mediante decisiones individuales. La expresión constitucional “todos” parece que hace referencia específica a las personas físicas que conforman la propia sustancia del sindicato como asociación de trabajadores que son siempre personas físicas⁷⁵¹.

Los trabajadores se organizan para “fomentar y defender los intereses de los trabajadores”⁷⁵². En la finalidad que persigue el sujeto sindical se incluyen dos ideas básicas diferentes pero complementarias: la representación y la autotutela de los intereses⁷⁵³.

A nivel individual se aprecia “un cuádruple contenido”: la libertad de constitución, de afiliación (positiva o negativa)⁷⁵⁴, y de participación⁷⁵⁵.

La LOLS establece el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente⁷⁵⁶, entendiendo como trabajador a los que se encuentren sujetos a

⁷⁵⁰ ALONSO OLEA, M.; La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española. En Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980, p. 49.

⁷⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980, pp. 101-102.

⁷⁵² Art. 10 Convenio 87 OIT. “En el presente Convenio, el término «organización» significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.”

⁷⁵³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978, p. 41.

⁷⁵⁴ La libertad sindical de afiliación comprende dos vertientes: Una libertad sindical positiva que se traduce en la libertad para constituir un sindicato o afiliarse a uno ya constituido; y una libertad sindical negativa para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que se encontraba afiliado. En SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho sindical..., op. cit., pp. 45 y ss.

⁷⁵⁵ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 157.

⁷⁵⁶ Art. 1.1 LOLS

una relación laboral o a una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas⁷⁵⁷.

En relación a los trabajadores extranjeros, el artículo 11.1 LOEX reconoce el derecho “a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”, por lo que no existe razón para negar el citado derecho a los extranjeros.

Además, el derecho de sindicación de los extranjeros debe tenerse en cuenta como una necesidad, sobre todo a la hora de la aplicación de condiciones de trabajo inferiores a las legales y posibles situaciones de explotación⁷⁵⁸. Y porque el extranjero irregular es el que más interés tendrá en ejercer la actividad sindical para mejorar o regularizar su situación y conseguir el objetivo de convertirse en regular.

De ahí que se pueda dar el caso de asociaciones de extranjeros formadas por irregulares pues ese derecho se encuentra recogido expresamente en la CE⁷⁵⁹ y en la LO 2/2009⁷⁶⁰.

1.2.3.2. Fundación y afiliación a sindicatos

Ni la LOLS ni la CE establecen limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación de los extranjeros, por lo que, según la posición mayoritaria de la doctrina, el extranjero tendría reconocido plenamente el derecho de libertad sindical, con independencia de la situación administrativa del mismo.

⁷⁵⁷ Art. 1.2 LOLS

⁷⁵⁸ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 171.

⁷⁵⁹ Art. 22. CE “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”

⁷⁶⁰ Art. 8 LO 2/2009 “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles.”

La fundación y la afiliación a sindicatos es, sin duda, la concepción acogida por las normas internacionales en materia sindical ratificadas por España⁷⁶¹.

Así, en lo relativo al derecho de afiliación puede decirse que una vez se ha salvado o dejado atrás la exigencia del requisito administrativo para el ejercicio de los derechos, este derecho en concreto debería ser ejercido en plenitud e igualdad de condiciones que otros trabajadores⁷⁶². Con la posibilidad nula de establecer cualquier discriminación pues no es posible que un sindicato prohíba o impida en sus Estatutos la adhesión de trabajadores extranjeros, ni que las condiciones exigidas a los extranjeros sean distintas a las de los nacionales. Por ello, el inmigrante podrá libremente ejercer su derecho de afiliación al sindicato de su elección para la defensa de sus intereses o, simplemente, la libertad, negativa, de no afiliarse a ninguno⁷⁶³.

Es más, si la LOLS⁷⁶⁴ reconoce el derecho de afiliación a los jubilados, incapacitados, desempleados, no parecería razonable que con el extranjero irregular se hiciera una excepción⁷⁶⁵.

Así, la libertad sindical positiva acogería la posibilidad de afiliación a un sindicato, unirse a sus acuerdos y participar en las decisiones sindicales, en los órganos de representación en la empresa⁷⁶⁶.

⁷⁶¹ ALONSO OLEA, M.; Libertad sindical y derecho de sindicación. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978, pp. 13 y ss.; ALONSO GRACÍA, M.; La libertad de sindicación..., op. cit., pp. 48 y ss.

⁷⁶² TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 174; GOERLICH PESET, J. M.; Artículo 28.1. La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.); Comentarios a la Constitución Española. Wolters Kluwer. Madrid. 2008, p. 806.

⁷⁶³ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., pp. 228-229.

⁷⁶⁴ Art. 3 LOLS "1. No obstante lo dispuesto en el artículo 1.2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica."

⁷⁶⁵ GONZÁLEZ BIEDMA, E.; Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010, p. 413.

Los sindicatos son entidades privadas, por lo que pueden establecer criterios y requisitos para la afiliación. Suele ser habitual que el extranjero tenga que rellenar un impreso con los datos personales y presentar el pasaporte. En cuanto a los datos bancarios, se podrá establecer la posibilidad, si no dispone de cuenta corriente bancaria, de que el inmigrante realice el pago directamente en el banco.

Una vez afiliado, como cualquier nacional, se encontrará facultado para participar en la vida interna del sindicato como, por ejemplo, la participación en asambleas.

Si atendemos a los requisitos exigidos en la normativa española para el depósito de los estatutos sindicales, el control de la oficina pública y las causas de impugnación, se podría afirmar que los extranjeros pueden constituir sindicatos⁷⁶⁷ y agrupar a trabajadores regulares e irregulares⁷⁶⁸ en virtud del principio de igualdad y no discriminación⁷⁶⁹; así como dicho principio no permitiría la constitución de un sindicato que no admitiera la afiliación de trabajadores españoles⁷⁷⁰.

Ahora bien, en cuanto a la constitución de un sindicato por un extranjero irregular, primero tendremos que ver cuáles son los trámites para el registro, y, posteriormente, examinar si es posible ése trámite para el extranjero en tal situación.

Para registrar un sindicato en Andalucía⁷⁷¹, deben constar los datos siguientes:

⁷⁶⁶ BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Un análisis..., op. cit., pp. 25-26.

⁷⁶⁷ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 99; CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 432; VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación..., op. cit., pp. 248-249; MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Libertad de sindicación y huelga. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; (Dir.), Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001, p. 213; RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal..., op. cit., p. 39.

⁷⁶⁸ BAYLOS GRAU, A.; Inmigración..., op. cit., p. 53.

⁷⁶⁹ RAMOS QUINTANA. M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., pp. 898-899.

⁷⁷⁰ RAMOS QUINTANA. M. I.; El trabajo de los extranjeros..., op. cit., p. 167.

⁷⁷¹ <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/asociaciones/como-depositar-estatutos>. Normativa aplicable para asociaciones sindicales, Ley Orgánica 11/1985, de 2 de

Del solicitante: nombre, apellidos, cargo, teléfono, e-mail y domicilio. En cuanto al sindicato: básicamente, denominación, siglas, domicilio social, ciudad, teléfono y e-mail. Documentos a aportar: fotocopia del DNI de la persona legitimada para presentar la documentación, 3 ejemplares del acta de constitución firmadas por los promotores, 3 ejemplares de los estatutos firmados por los promotores, fotocopia del DNI de los promotores del sindicato y documentos acreditativos de la condición de trabajadores por cuenta ajena de los promotores (mediante nómina, documentación acreditativa de alta en la Seguridad Social, etc.).

De los requisitos exigidos, el único que podría suponer un problema sería acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena, mediante la presentación del contrato de trabajo, nómina y, sobre todo la documentación acreditativa del alta en Seguridad Social, por lo que no reuniría los requisitos para el registro de un sindicato.

En cambio, en otros registros que no exijan estos requisitos sino, únicamente, el nombre y el documento acreditativo de la identidad (que puede ser el pasaporte) podrían acceder al registro. En este supuesto, el personal que lleve a cabo los trámites, con esos datos, no tiene porqué saber si se encuentra en situación regular o no. Pero, si el registro público constata que se encuentra en situación irregular, ¿estaría obligado a denunciar? El depósito de los estatutos y el registro de la oficina pública, serían exigencias formales, para dotarlas de publicidad. El control de la autoridad administrativa ha de ser también un control objetivo de legalidad y no un control de oportunidad⁷⁷².

Algunos autores opinan que, al igual que ocurriría con la constitución de una asociación, para la fundación de un sindicato se necesitaría la situación de regularidad al hacerse efectiva una vertiente pública y de relación con las autoridades competentes. Y sólo podrán ser avalados por los extranjeros que

agosto, de Libertad Sindical y Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía.

⁷⁷² STSJ de C. Valenciana, de 20 diciembre de 2005. AS 2005/181

se encuentren en situación regular⁷⁷³. Una de las justificaciones de la exigencia de regularidad sería en relación a posibles responsabilidades, pues la residencia estabiliza, por así decirlo, la identidad de las personas físicas que puedan responder por el sindicato⁷⁷⁴.

En el mismo sentido, añaden que resultaría difícil imaginar que un extranjero en situación irregular, sin la documentación completa y legal, pueda crear una organización sindical legal y efectuar los trámites necesarios que incluye el depósito de los estatutos. En consecuencia, entienden “desorbitado” que un extranjero irregular pueda fundar un sindicato⁷⁷⁵.

Por el contrario, otro sector de la doctrina, ha intentado resolver esta cuestión sobre la base de la existencia de relación laboral por aplicación nuevamente del artículo 36.5 LOEx, no ya para acreditar la condición de trabajador, sino con la intención de convertir en injustificada la denegación administrativa del depósito de los estatutos del sindicato derivada de su irregularidad ya que todo trabajador extranjero, independientemente de su situación administrativa, podrá intervenir en la fundación de un sindicato y ostentar la protección frente a represalias del empresario⁷⁷⁶. En tal caso, entendiendo a los requisitos exigidos en la normativa española para el depósito de los Estatutos, el control de la oficina pública y las causas de impugnación, se podría afirmar que en virtud del principio de igualdad y no discriminación los extranjeros pueden constituir sindicatos y agrupar a trabajadores regulares e irregulares, de la misma manera que dicho principio no permite la constitución de un sindicato que no admitiera la afiliación de trabajadores españoles.

⁷⁷³ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 181. En el mismo sentido GARCÍA MURCIA, J.; Derechos Laborales..., op. cit., p. 33.

⁷⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., p. 102.

⁷⁷⁵ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 122.

⁷⁷⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los Derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 805.

Lo único que no quedaría amparado por la normativa española sería constituir sindicatos de trabajadores extranjeros para la defensa de intereses específicos como veremos en el siguiente apartado⁷⁷⁷.

1.2.3.3. Sindicatos formados sólo por extranjeros

Dentro de la facultad de constituir sindicatos, no resulta “factible” la creación de un sindicato que tenga por objeto integrar exclusivamente extranjeros y con intereses propios o “de categoría”⁷⁷⁸ pues éstos han de defender los intereses de los trabajadores sin ningún tipo de discriminación. Y si se impusiera una clausula que limitara la afiliación, ya sea sólo a extranjeros o sólo a nacionales, no sería admisible constitucionalmente por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación⁷⁷⁹.

Mayor complejidad presenta lo que deba entenderse por “intereses propios de este colectivo”. Y respecto a si pueden tener como finalidad la defensa de intereses propios de ese colectivo, por un lado, podría admitirse en base al principio de libre reglamentación⁷⁸⁰ pero conculcaría con el principio de igualdad y no discriminación respecto al derecho de afiliación del nacional⁷⁸¹ y conduciría a consolidar divisiones entre los trabajadores y reacciones

⁷⁷⁷ RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., pp. 898-899.

⁷⁷⁸ RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 898. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 229.

⁷⁷⁹ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 123; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., pp. 180-181; VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento..., op. cit., p. 293; MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico..., op. cit., pp. 223-224; RAMOS QUINTANA, M.; El trabajo de los extranjeros..., op. cit., p. 167; No sería “lícito” limitar la afiliación a una determinada nacionalidad, GARCÍA MURCIA, J.; Derechos Laborales..., op. cit., p. 27. En contra, OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., pp. 169-170, que a diferencia de la LO 7/1985, la LO 4/2000, incluye las dos facultades básicas, crear y afiliarse, “por lo que reconoce la posibilidad de constituir sindicatos por extranjeros”, algo objeto de restricción en otros países europeos.

⁷⁸⁰ Art. 3 Convenio 87 OIT “1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.” y art. 2.2 LOLS “a) Redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción.”

⁷⁸¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Libertad de sindicación..., op. cit., p. 223; VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación..., op. cit., p. 247.

xenóforas⁷⁸², porque un sindicato así constituido sufriría una situación de marginalidad⁷⁸³.

En todo caso, el problema está sobre la mesa, y la realidad dialéctica entre asociaciones de inmigrantes y sindicatos de trabajadores constituye una de las cuestiones de mayor importancia y polémica del movimiento sindical contemporáneo⁷⁸⁴. La existencia de asociaciones destinadas a tutelar de forma exclusiva los intereses de los inmigrantes no ha suscitado problema de constitucionalidad, incluso cuenta con aprobación legal. El “sindicalismo de clase” se afana por integrar sus reivindicaciones como colectivo específico, reduciendo la distancia inicialmente generada con el movimiento asociativo de las personas inmigradas.⁷⁸⁵

1.2.4. El derecho de representación y negociación colectiva

La negociación colectiva se encuentra reconocida por la Constitución Española en el artículo 37.1 que dispone que “la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”⁷⁸⁶. El derecho de negociación colectiva es considerado por el Tribunal Constitucional como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical⁷⁸⁷, quedando así reconocido como un derecho social fundamental⁷⁸⁸ que convertirá al legislador

⁷⁸² RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 899.

⁷⁸³ MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico..., op. cit., p. 224; RAMOS QUINTANA, M.; El trabajo de los extranjeros..., op. cit., p. 167

⁷⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op.cit., p. 229.

⁷⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M N.; Manual de Derecho Sindical. Comares. Granada. 2013, p. 69.

⁷⁸⁶ Sobre el derecho de negociación colectiva, VALDÉS DAL-RÉ, F.; El Derecho Constitucional a la Negociación Colectiva. En CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.); Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 957 y ss.

⁷⁸⁷ SSTC 4/1983 de 28 enero RTC 1983/4; 73/1984 de 27 junio RTC 1984/73 y 105/1992 de 1 julio RTC 1992/105.

⁷⁸⁸ Reconocido por la Carta Social Europea en su art. 6. “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A favorecer la concertación paritaria entre trabajadores y empleadores. 2. A promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre

en garante del derecho entre los representantes de los trabajadores y empresarios, además de otorgar fuerza vinculante a los convenios colectivos⁷⁸⁹.

Igualmente, se considera como un derecho laboral básico de todo trabajador⁷⁹⁰ con desarrollo legal en el Título III del ET⁷⁹¹.

El derecho a la negociación colectiva es un derecho que pertenece a los representantes de los trabajadores y no al trabajador como sujeto individual ya que éste carece de legitimidad para negociar⁷⁹².

Por otro lado, también es un derecho laboral básico de los trabajadores el de representación en la empresa⁷⁹³; los trabajadores pueden participar a través de un doble canal de representación, con fundamento en el artículo 28 de la CE⁷⁹⁴. Estaríamos hablando de los delegados de personal o miembros del

empleadores u Organizaciones de empleadores, de una parte, y Organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de Convenios Colectivos. 3. A fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales. Y reconocen: 4. El derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor.”

⁷⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 231.

⁷⁹⁰ Art. 4 ET “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:... c) Negociación colectiva.”

⁷⁹¹ TÍTULO III “De la negociación colectiva y de los convenios colectivos” Art. 82 a 92 ET.

⁷⁹² TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., Estatuto jurídico...op. cit., pp. 199-200.

⁷⁹³ Art. 4 ET “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:...g) Información, consulta y participación en la empresa”. Y el capítulo I “Del derecho de representación colectiva” art. 61 a 76 ET. Al respecto, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social. En AAVV. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.; Comentario a la Constitución Socioeconómica de España. Comares. Granada. 2002, pp. 669-711. Algún sector de la doctrina opina que este derecho no corresponde a los extranjeros en situación irregular, por ser colectivo y no contractual, estando viciada de nulidad la participación de éstos en el proceso electoral, MONTOYA MELGAR, A.; El empleo..., op. cit., pp. 164-165.

⁷⁹⁴ Art. 28 CE “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

comité de empresa, así como de representantes sindicales, con lo cual queda, de este modo, completado el derecho de libertad sindical, que supone la acción sindical en la empresa y la representación colectiva⁷⁹⁵.

Para el caso de los trabajadores extranjeros, al no existir mención de este derecho en la LOEX, tendremos que acudir, por un lado, a la normativa internacional y, por otro, a la legislación laboral general sobre la materia.

Así, tanto el Convenio nº 97 de la OIT relativo a los trabajadores migrantes, la Carta Social Europea⁷⁹⁶ y el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante de 1977⁷⁹⁷, se refieren a los derechos de representación y negociación colectiva de los extranjeros. Además, la Recomendación número 151 de la OIT de 1975, sobre los trabajadores migrantes (que aunque no vincula), invita a facilitar el disfrute de igualdad de oportunidades y de trato con los trabajadores nacionales en lo relativo a la posibilidades de “ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas”.

Desde un punto de vista estricto del derecho, el trabajador extranjero es titular del derecho y podrá ejercer de forma efectiva el mismo, pero desde la óptica de la política del derecho, la dimensión se puede ver limitada al conllevar una vertiente pública y de relación con las autoridades competentes, que hace pensar a algunos autores que no sea recomendable el ejercicio efectivo por los trabajadores en situación irregular⁷⁹⁸

Si el TC ha entendido que el derecho a la negociación colectiva es considerado como contenido esencial del derecho a la libertad sindical, no podemos más que entender que el trabajador extranjero, con independencia de su situación administrativa también es titular del mismo y puede ejercerlo efectivamente.

⁷⁹⁵TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., pp. 210-211.

⁷⁹⁶Art. 19. 4 b) CSE “...disfrute de las ventajas que ofrezcan los Convenios Colectivos.”

⁷⁹⁷ Art. 29 Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante. Participación en los asuntos de la Empresa. “Cada Parte Contratante facilitará en lo posible la participación de los trabajadores migrantes en los asuntos de la Empresa en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.”

⁷⁹⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes. Comares. Granada. 2012, p. 258-259.

Para una mayor justificación, podemos acudir a la aplicación del art. 36.5 LO 2/2009, que tras admitir la validez del contrato firmado permite entender que el trabajador extranjero disfrutará de este derecho en igualdad de condiciones que los trabajadores españoles⁷⁹⁹ al tratarse de un derecho social que forma parte el estatuto jurídico básico de todo trabajador con independencia de su situación administrativa⁸⁰⁰.

En definitiva, tanto en virtud del artículo 36.5, como del artículo 11 LO2/2009, se entiende que el trabajador extranjero, sin atender a la situación administrativa, será titular y podrá ejercer el derecho de negociación colectiva al ser éste contenido esencial del derecho libertad sindical⁸⁰¹.

Así, como veremos a continuación, el trabajador extranjero podrá participar, por un lado, en el proceso electoral para elegir representantes de los trabajadores y, por otro, se le incluirá bajo el ámbito de aplicación del convenio resultante de la negociación⁸⁰². Veámos algunas cuestiones de interés al respecto.

1.2.4.1. La participación de los trabajadores irregulares en el proceso de elecciones a representantes unitarios

Una referencia explícita a los extranjeros en esta materia sería la que recoge el segundo párrafo del artículo 69.2 ET, al establecer que, “los trabajadores extranjeros podrán ser electores y elegibles cuando reúnan las

⁷⁹⁹BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Un análisis..., op. cit., p. 30.

⁸⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., pp. 235-236. En el mismo sentido, MERINO SEGOVIA, A., El censo electoral: algunos problemas jurídicos derivados de la adquisición de la condición de electores y elegibles. En ROMERO RÓDENAS, M. J. (Coord.); Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales. Bomarzo, Albacete, 2006, p. 117, al exponer que la ausencia de autorización no impide a los extranjeros el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo, entre otros. Por lo que parece que deja abierta la posibilidad de otros derechos de representación o colectivos.

⁸⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 238.

⁸⁰² MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 233. BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Un análisis..., op. cit., pp. 25-26; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena. En RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (Coord.); El nuevo Derecho de extranjería. Comares. Granada. 2001, pp. 85-86.

condiciones a que se refiere el párrafo anterior.” Es decir, que deberán reunir los mismos requisitos que los nacionales, ser trabajador de la empresa o centro de trabajo mayor de 16 años y un mes de antigüedad en la empresa para los electores y 18 años y una antigüedad de seis meses para los elegibles⁸⁰³. En ningún momento, al igual que ocurre con otros derechos colectivos, atiende a la nacionalidad del trabajador.

Se ha discutido sobre la inclusión de los extranjeros en el censo laboral que contiene a los trabajadores que trabajan en la empresa, siendo este un dato interesante en relación al alta en la Seguridad Social.

Así, en relación al alta en la Seguridad Social, los censos de empresas y trabajadores confeccionados con los datos facilitados por entidades gestoras de la Seguridad Social pueden diferir del censo laboral electoral al que se alude. No obstante, los posibles incumplimientos cometidos en materia de altas, bajas o afiliación no privan al trabajador afectado de su condición de parte integrante de la plantilla⁸⁰⁴. En consecuencia, si un extranjero se encuentra en situación irregular y no aparece en el censo laboral, no tendría que ser privado de participar en el proceso electoral.

Así, según un sector de la doctrina laboralista, si un trabajador extranjero en situación irregular es excluido del censo electoral o se le niega la capacidad para ser elegible podrá reclamar ante la mesa electoral⁸⁰⁵ por medio del procedimiento arbitral⁸⁰⁶ y por vía judicial⁸⁰⁷, extendiendo dicha reclamación al cómputo de la antigüedad necesaria para ser elector o elegible.⁸⁰⁸

⁸⁰³ Art. 69 ET “2. Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad.”

⁸⁰⁴ CUEVAS LÓPEZ, J.; Procedimiento electoral para los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Relaciones Laborales, nº 10, 1986, p. 173.

⁸⁰⁵ Art. 73 ET “2. La mesa será la encargada de vigilar todo el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que se presente.”

⁸⁰⁶ Art. 76 ET “1. Las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral regulado en este artículo, con excepción de las denegaciones de

Podría ocurrir, además, que la empresa no facilitara los datos de los trabajadores extranjeros en situación irregular, ya que la inclusión en el censo electoral podría, en un momento ulterior, constituir una prueba *a posteriori* para acreditar la existencia de la relación laboral. De cualquier forma, entendemos que esta exclusión, como hemos comentado, sería recurrible ante la mesa electoral.

1.2.4.2. La participación de los trabajadores irregulares en la constitución de órganos de representación sindical

En relación al ejercicio del derecho libertad sindical, siguiendo los pronunciamientos del TC, no se produce un vacío legal sino una cierta inseguridad del legislador en orden a fijar qué limitaciones, excepciones o condiciones tenía que someter al ejercicio del derecho de sindicación de los extranjeros irregulares. En consecuencia, ya sea debido a esta inseguridad jurídica o porque el legislador así lo ha querido con la reforma de 2009, reconoce a los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, no sólo la titularidad, sino el pleno ejercicio en igualdad de condiciones que los españoles.⁸⁰⁹

Atendiendo a lo expuesto y en relación con la representación sindical, entiendo que el trabajador extranjero afiliado a un sindicato, al igual que un nacional, podrá constituir secciones sindicales en el centro de trabajo o en la empresa⁸¹⁰,

inscripción, cuyas reclamaciones podrán plantearse directamente ante la jurisdicción competente.”

⁸⁰⁷ Art. 127 a 136 LPL

⁸⁰⁸ LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit., pp. 5-6.

⁸⁰⁹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; Extranjería y Trabajo Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona. 2011, p. 62-63

⁸¹⁰ Art. 8 LOLS “1. Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo: a) Constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato.”

así como integrarse en la misma⁸¹¹, pudiendo participar como elector y elegible en igualdad de condiciones que los nacionales, sin que sea posible ningún tipo de discriminación tanto en los estatutos del sindicato como vía convenio colectivo⁸¹².

Para la constitución de secciones sindicales, regiría la misma limitación que para constituir o fundar sindicatos pues no sería posible la constitución de secciones sindicales formadas exclusivamente por trabajadores extranjeros por resultar discriminatorio⁸¹³.

De esta forma, se tiende a un cambio lógico en el criterio de atribución de los derechos distributivos, donde ya no se desplazan a los trabajadores extranjeros en situación irregular, por lo que se han de garantizar derechos de participación como medio de inclusión⁸¹⁴. Parece, en definitiva, que la equiparación entre trabajadores extranjeros y nacionales queda así completada en esta materia⁸¹⁵.

1.2.4.3. Garantías y prerrogativas del representante en situación irregular

En el supuesto que un extranjero en situación irregular resulte elegido como representante de los trabajadores, le corresponderán, por aplicación del

⁸¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Libertad de sindicación..., op. cit., p. 225; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; Los derechos de los extranjeros en España..., op. cit., pp. 86-87.

⁸¹² POLO SÁNCHEZ, M. C.; Derechos Fundamentales..., op. cit., p. 298; MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Libertad de sindicación..., op. cit., p. 225; el derecho de participación en la empresa adquiere el carácter de derecho social fundamental de todo trabajador, incluyendo a los extranjeros, por la posibilidad de situarse en un plano de igualdad frente a personas que tienen la misma condición, frente a la cual por su estatus jurídico, laboral, personal y social no es posible discriminación alguna, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., pp. 217-218.

⁸¹³ POLO SÁNCHEZ, M. C.; Derechos Fundamentales..., op. cit., p. 295.

⁸¹⁴ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos sociales fundamentales..., op. cit., p. 260-261.

⁸¹⁵ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., pp. 127-128; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Los derechos de los extranjeros en España..., op. cit., p. 87.

artículo 36.3 LO 2/2009, todas las garantías legales para el ejercicio de la función representativa⁸¹⁶.

Una vez que el trabajador extranjero se convierte en representante unitario o sindical desempeñará las funciones y ostentará las facilidades, garantías y prerrogativas⁸¹⁷ que corresponden a su condición⁸¹⁸. Si no se aplicaran las garantías de tutela sindical, se estaría dejando sin protección al ejercicio de derechos fundamentales que los inmigrantes tienen reconocidos⁸¹⁹, aunque este planteamiento pueda suponer, según alguna opinión, una posible regularización indirecta del extranjero irregular⁸²⁰.

Ahora bien, una vez que el trabajador extranjero llega a ostentar un cargo de representante, ¿qué papel juega la autorización para trabajar? Si el extranjero sufre la denegación de la renovación de la autorización, ¿puede ser causa de extinción del mandato la no renovación o caducidad de la autorización? ¿Cómo se extingue el contrato de trabajo? ¿Y el mandato? ¿Puede el empresario despedir colectivamente o no renovar con el propósito de apartar al representante sin llegar a constituir formalmente un despido? ¿Puede la decisión del empleador atentar contra el derecho de libertad sindical? ¿Se puede aplicar el art. 36.5 en alguna de estas situaciones?

El cargo de representante tendrá una duración de cuatro años y estará condicionado por la vigencia de la autorización administrativa para trabajar⁸²¹, manteniéndose en sus funciones hasta la promoción de nuevas lecciones

⁸¹⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op cit., pp. 5-6. En contra, FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 128, que expone la obligatoriedad de estar en posesión de la autorización.

⁸¹⁷ Art. 68 ET; art. 10.3 LOLS.

⁸¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Libertad de sindicación..., op. cit., p. 225.

⁸¹⁹ BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Un análisis..., op. cit., p. 27

⁸²⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F.; y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit., pp. 4-5.

⁸²¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 129. En contra, LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit., pp. 5-6.

conforme al art. 67.3 ET⁸²². Las causas de extinción o terminación del mandato se encuentran tasadas en la ley⁸²³.

Así, el cargo de representante podrá extinguirse por: a) revocación⁸²⁴; b) dimisión que deberá cumplir dos requisitos: la manifestación de voluntad y la comunicación a los trabajadores representados, al empresario y a la Administración; c) la renuncia; d) el traslado; e) por despido firme (mientras se esté sustanciando el proceso el representante tendrá acceso al centro de trabajo para el ejercicio de sus funciones)⁸²⁵; f) el fallecimiento del representante y la muerte; g) y también se podrá extinguir antes de tiempo por la pérdida de condiciones de exigibilidad al dejar de ser trabajador pues el representante debe estar integrado en la empresa⁸²⁶. Esta última posibilidad debemos tenerla en cuenta a la hora de solucionar tal situación.

⁸²² Art. 67.3 ET. “La duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones. Solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de sus electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. No obstante, esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses.” Sobre la jurisprudencia del mandato representativo, ALBIOL MONTESINOS, I.; Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral. Tiran lo Blanch. Valencia. 1998, pp. 74 y ss. Conduce a plantearse si los electores preferirán confiar en un trabajador nacional cuyo mandato por cuatro años esté asegurado o si es una representación, la del extranjero, sometida a término o condición, FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 128.

⁸²³ Art. 67 ET. “5. Las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones de mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose, asimismo en el tablón de anuncios.”

⁸²⁴ Entendida como la negligencia, dolo en el ejercicio de sus funciones o la ineptitud en el desempeño del cargo. La simple ineptitud en el desempeño del cargo puede llevar a la revocación, OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 386.

⁸²⁵ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 386.

⁸²⁶ Art. 62 ET. “1. La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tenga menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría.” Sobre la exigibilidad de ser trabajador, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical..., op. cit., p. 193. CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.; Los derechos socio-laborales de los extranjeros. En AA.VV.; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (Coord.); Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios). Librero-Editor. Murcia. 2005, p. 467; FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 128.

Queda claro que, en principio, la denegación de la renovación no se podría alegar directamente como causa para extinguir el mandato representativo, pero sí podría hacerlo la pérdida de la condición de trabajador en la empresa.

En cambio, no extinguen ni suspenden el mandato las situaciones de suspensión de la relación laboral, disciplinaria, incapacidad temporal, o regulación de empleo⁸²⁷.

En definitiva, parece que, si se extingue el contrato, se acabaría el mandato representativo porque, “los derechos de representación de los trabajadores (...) requieren la existencia de una relación laboral”⁸²⁸.

Pero habrá que matizar según las circunstancias personales del trabajador y las causas de extinción del contrato ya que el representante tendrá la facultad de continuar o no en el cargo.

Veamos las posibilidades:

Según estemos ante la caducidad o la denegación de la renovación, el contrato de trabajo se extinguirá por diferentes causas señaladas con carácter general en el art. 49 ET. Entre ellas, por expiración del tiempo convenido, por causas consignadas válidamente en el contrato, por fuerza mayor⁸²⁹ y por ineptitud sobrevenida⁸³⁰.

Pero el representante tiene respecto a los demás trabajadores de la empresa una serie de garantías⁸³¹, entre ellas la de prioridad de permanencia en la empresa⁸³².

⁸²⁷ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 386.

⁸²⁸ STC (Sala Primera) de 22 diciembre RTC 1982/83

⁸²⁹ Art. 49 ET

⁸³⁰ Art. 52. a) ET

⁸³¹ Art. 68 ET. Sobre la jurisprudencia de las garantías, ALBIOL MONTESINOS, I.; Los representantes..., op. cit., pp. 83 y ss.

⁸³² Art. 68 ET “b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.”

Recordemos que la garantía de prioridad de permanencia en la empresa consiste en la protección del representante frente a determinados comportamientos del empresario que pudieran perjudicarlo⁸³³.

Las garantías constituyen mecanismos de control o modalización del ejercicio de los poderes empresariales cuando tiene por sujeto pasivo a los representantes⁸³⁴, siendo consideradas como normas mínimas, susceptibles de ser mejoradas en beneficio de los representantes por la negociación colectiva⁸³⁵.

La garantía de prioridad de permanencia en la empresa y no ver suspendidos o extinguidos sus contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas⁸³⁶, se extiende a las suspensiones o extinciones por fuerza mayor⁸³⁷ tal y como expone el artículo 51.7 ET⁸³⁸. Asimismo, se mantiene al representante en su puesto de trabajo frente a traslados y desplazamientos⁸³⁹, es decir, en supuestos de movilidad geográfica⁸⁴⁰. Esta garantía opera, además de en la relación jurídica entre trabajador y empresario, en la correcta afectación del trabajador a un puesto de trabajo determinado⁸⁴¹.

⁸³³ TUDELA CAMBRONERO, G.; Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa. Tecnos. Madrid. 1991, p. 233.

⁸³⁴ SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical..., op. cit., p. 213. STS (Sala de lo Social) de 9 octubre 1989 RJ 1989/7138.

⁸³⁵ SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical..., op. cit., p. 213. En el mismo sentido la STS (Sala de lo Social) de 24 enero 1990 RJ 1990/206.

⁸³⁶ Art. 51 ET "1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción..."

⁸³⁷ Art. 51 ET "12. La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado."

⁸³⁸ Art. 51 ET "7. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo."

⁸³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I.; Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET) Cuadernos de Aranzadi Social. Aranzadi. Navarra. 2004, p. 66.

⁸⁴⁰ Art. 40.5 ET. "5. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo."

⁸⁴¹ TUDELA CAMBRONERO, G.; Las garantías..., op. cit., p. 233.

La doctrina y la jurisprudencia se han mostrado partidarios de una interpretación literal, por lo que no sería extensible la prioridad de permanencia en la empresa a supuestos distintos de los mencionados⁸⁴².

Conforme al apartado c) del art. 68 ET⁸⁴³, la duración de la garantía se extenderá durante todo el mandato y un año más⁸⁴⁴.

Por tanto, si el trabajador extranjero, mientras se encuentra en el cargo de representante, es despedido por causa objetiva, fuerza mayor o ve extinguido su contrato por causa de movilidad geográfica, podrá acogerse a la garantía de prioridad de permanencia en la empresa. Permanencia que durará el tiempo del mandato un año más desde su finalización.

Nos interesa saber qué ocurriría si durante el disfrute de la garantía, se produce la pérdida de vigencia de la autorización pasando de una situación regular a irregular por caducidad, no renovación o denegación de autorización para trabajar.

¿Cómo se califica o se sostiene esa situación irregular mientras ostenta el cargo de representante?

Hemos visto que una de las causas de extinción del mandato sería la pérdida de condiciones de exigibilidad⁸⁴⁵, es decir, la pérdida de la condición formal de trabajador en una concreta empresa.

⁸⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I.; Las Garantías de los Representantes..., op. cit., p. 68. Al respecto, SSTS (Sala de lo Social) de 3 marzo 1983 RJ 1983/1105, sobre jubilación del empresario; de 8 octubre 1984 RJ 1984/5252, sobre contratos temporales; de 17 julio 1989 RJ 1989/5483 sobre extinción de un contrato por terminación de la obra para la que fue contratado; y de 17 febrero 1990 RJ 1990/1107 sobre contrato de trabajo en prácticas.

⁸⁴³ Art. 68 ET "c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación." SSTSJ de Andalucía, Málaga de 30 marzo de 2001 AS 2001\973 y de Castilla y León, Valladolid de 19 diciembre 2000 JUR 2001\80205.

⁸⁴⁴ SSTSJ de Andalucía, Málaga de 30 marzo de 2001 AS 2001\973 y de Castilla y León, Valladolid de 19 diciembre 2000 JUR 2001\80205.

Si la vigencia de la autorización llega a su fin y no se produce renovación, el contrato se extinguiría. Y, en consecuencia, la extinción del contrato de trabajo del representante extranjero, determinará la pérdida de la condición de representante. El extranjero dejará de tener un vínculo con la empresa al perder la condición de trabajador⁸⁴⁶.

Pero ante esta situación de irregularidad sobrevenida, ¿podría entrar el juego el artículo 36.5 LO 2/2009?

Parece que, en este caso, la respuesta sería negativa. La razón podría estar en que la caducidad, la no renovación o la denegación, como hemos visto, producirían la extinción del contrato y el art. 36.5 LO2/2009, no contempla estas circunstancias, sino que se refiere únicamente al supuesto concreto de carencia inicial de autorización, para señalar que su ausencia no invalidará el contrato de trabajo⁸⁴⁷. No estamos, por tanto, ante un supuesto de carencia inicial de autorización para trabajar.

En este caso, se perdería el cargo de representante debido a la extinción del contrato como consecuencia de la llegada a fin de la vigencia de la autorización, no renovación y/o denegación⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Art. 69 ET “1. Los delegados de personal y los miembros del comité de empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo en la forma que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta Ley.”

⁸⁴⁶ Así lo afirma SÁEZ LARA, C.; Representación y acción sindical en la empresa. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992, p. 159.

⁸⁴⁷ Actual art. 36 en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. “5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.”

⁸⁴⁸ Debemos recordar que la solicitud de renovación de la autorización prorroga la validez de la anterior, por lo que, en este supuesto, no estaríamos ante una causa de extinción del contrato. Tiene que ser que no se inste la renovación o que ésta sea denegada. Art. 54.1 REloex.

Y, aunque el trabajador se encuentre disfrutando de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa por su condición de representante, no podría continuar su mandato representativo al perder la condición de trabajador.

1.2.4.4. Un supuesto particular de pérdida de la condición de representante: la no renovación de la autorización para trabajar

Cuestión controvertida se presenta cuando la denegación o la no renovación fuera por causa imputable al empresario, es decir, cuando la intención de éste fuera cesar a un grupo de trabajadores que pertenecen a un sindicato o a un representante de los trabajadores en particular.

Ese parece ser el fondo de la cuestión en una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 1989⁸⁴⁹, pese a que el tribunal no entró a valorar si ello supone un supuesto de discriminación o vulneración de la libertad sindical al tratarse del presidente del Comité de Empresa.

¿Podría considerarse, una conducta de este tipo, como atentatoria del derecho de libertad sindical?

⁸⁴⁹ STS de 27 de noviembre de 1989 RJ/1989/8257. Dicha sentencia expone que si el contrato es temporal, la pérdida de vigencia de la autorización supone la extinción del contrato por las causas consignadas válidamente en el contrato. Se da la circunstancia que en este caso se trataba del presidente del comité de empresa que había solicitado el correspondiente certificado para la renovación de la autorización, solicitud que no le fue contestada, y justificando la empresa su decisión en que no estaba obligada a expedir el certificado al tratarse de un contrato temporal. Y aunque la extinción del contrato tenga en el fondo la voluntad del empresario de no mantener al trabajador en la empresa, algo común en los contratos temporales, no constituye despido sino terminación del contrato por causa consignada válidamente en el contrato. Sin descartar que aprovechando un presunto contrato temporal la empresa diera cobertura legal a la decisión atentatoria de la libertad sindical al tratarse del presidente del comité de empresa. Pero, sigue exponiendo el tribunal, “el tema a la libertad sindical no puede examinarse; se trata de una cuestión nueva”, ya que en la demanda no se alega discriminación por ese concepto, porque si hubiera sido así, la empresa tendría que haber probado que el cese no obedece a ninguna causa discriminatoria. Sobre la indemnización por imposibilidad de readmisión, la STSJ C. Valenciana, de 19 junio de 1996AS 1996\2420.

Entendemos que si se demostrara que la extinción no es ajustada a derecho, es decir, que no existe justa causa para despedir⁸⁵⁰, sino una causa de discriminación por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical⁸⁵¹, el despido debería ser considerado nulo⁸⁵² con la inmediata readmisión y pago de los salarios dejados de percibir⁸⁵³. De este modo, el representante tendría que ser readmitido en la empresa.

En este punto resulta necesario recordar, por la similitud en cuanto a la consecuencia y calificación del despido, el supuesto de la declaración de nulidad de un despido durante el embarazo de una trabajadora extranjera en situación irregular⁸⁵⁴, condenando a la empresa a la readmisión y al pago de los salarios de tramitación. Si bien en este caso, el permiso de trabajo había sido solicitado y no constaba denegado.

En estos casos, la readmisión conllevaría una irregularidad o ilegalidad administrativa, susceptible de nueva sanción por infracción muy grave y, además, reincidente⁸⁵⁵. Esta cuestión ha sido objeto de debate. Se da la circunstancia de que en algunos pronunciamientos en los que se declaraba el despido como improcedente⁸⁵⁶, el tribunal limitó la condena a la indemnización tasada ya que la readmisión resultaba de imposible cumplimiento por la carencia del permiso de trabajo. Incluso se contempla como posible solución, en supuestos de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, la elevación de la cuantía de la indemnización, ponderando el daño adicional a la

⁸⁵⁰ Artículo 51. ET

⁸⁵¹ STC (Sala Primera) de 25 febrero de 2002, RTC 2002\48.

⁸⁵² Art. 55 ET. "5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador."

⁸⁵³ Art. 55 ET "6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir."

⁸⁵⁴ STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2002, AS 2002, 1993. Confirmada por STS de 29 de septiembre de 2003, RJ 2003\7446.

⁸⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M. A.; "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002". Actualidad Laboral. nº 27 junio-julio 2003, pp. 501-502. LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit.

⁸⁵⁶ STSJ de Cataluña de 14 mayo 2002. AS 2002, 1974.

víctima pero, sin que, de ningún modo, la sentencia condene a la readmisión que el ordenamiento jurídico considera ilícita⁸⁵⁷.

Algunos autores se ha manifestado acerca del supuesto concreto en el cual, durante el ejercicio del cargo de representante, se produzca la caducidad de la autorización administrativa y no se inste la renovación.

Así, según CEINOS SUÁREZ, no podría continuar desarrollando la actividad en la empresa ni formar parte de los órganos de representación unitaria. Entiende que, aunque sea un derecho reconocido a extranjeros, la vigencia de la autorización administrativa actúa como condición de la relación laboral, por lo que duda que pudiera continuar en el cargo o ser reelegido⁸⁵⁸.

Sin lugar a dudas, el trabajador extranjero que tenga el cargo de representante lo hará en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador sin atender a la nacionalidad. Por lo que si resulta elegido un extranjero que se encuentre en situación irregular, será de atribución, en virtud del art. 36.5 LO2/2009, el conjunto de garantías legales establecidas para la actividad representativa⁸⁵⁹.

Este sería el caso del extranjero en situación irregular en el momento de contratar porque el cargo de representación que, generalmente tiene una duración de cuatro años⁸⁶⁰, si el trabajador extranjero, al cumplirse la vigencia

⁸⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, J.; Los Derechos Constitucionales..., op. cit., p. 194. Solución que no le parece correcta a BAYLOS GRAU ya que considera que si el contrato de trabajo no es nulo, despliega plenos efectos jurídicos. Y si no se aplica el régimen de garantías establecidas para la tutela de la libertad sindical, se estaría indirectamente dejando sin protección real al ejercicio de derechos fundamentales que tienen reconocidos con independencia de su situación administrativa, BAYLOS GRAU, A.; Inmigración..., op. cit., pp. 52-53.

⁸⁵⁸ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 430.

⁸⁵⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 215. En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit. Contra esta opinión CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., pp. 379-380, en el supuesto de carencia inicial de autorización, el art. 36.3 LOEx no equipara el estatuto jurídico de un trabajador extranjero que cuenta con autorización con un extranjero que no cuenta con ella, continúa exponiendo que, si fuera así no tendría sentido imponer el requisito de la autorización administrativa. Suponiendo que se admitiera esta interpretación podría suponer la regularización de la situación del extranjero sin autorización. Y la función del precepto no es la regularización sino atenuar los efectos que producían la nulidad del contrato.

⁸⁶⁰ Art. 67 ET "3. La duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones."

de la autorización, abandona su puesto dejará de ostentar la condición de representante⁸⁶¹. En el caso de pasar nuevamente a una situación regular, podría continuar su ejercicio en la empresa aunque, otra vez, condicionado a la duración del requisito administrativo. Por otro lado, podría continuar ejerciendo el cargo de representante, ahora de forma irregular, por tratarse de un derecho inherente a la condición de trabajador, bajo el argumento de la validez del contrato del trabajo celebrado por el extranjero carente de autorización para trabajar⁸⁶².

El requisito de la autorización para trabajar y especialmente, el carácter temporal de tales autorizaciones puede suponer indirectamente un límite al disfrute de los derechos que le serían propios como trabajador, ya que los cargos de representación generalmente tiene una duración de cuatro años y las autorizaciones para residir y trabajar tienen una vigencia de un año la primera⁸⁶³, renovable cada dos, salvo que corresponda una autorización de residencia permanente⁸⁶⁴, lo que podría condicionar el voto de sus compañeros, e incluso, como estamos viendo, en caso de no renovación de la autorización, la extinción del mandato por pérdida de las condiciones de elegibilidad, al no poder continuar trabajando en la empresa⁸⁶⁵.

Tales argumentos inducen a algunos autores a considerar que no es recomendable el ejercicio efectivo de estos derechos por trabajadores irregulares⁸⁶⁶.

⁸⁶¹ CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo..., op. cit., p. 430.

⁸⁶² TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 216.

⁸⁶³ Art. 49.2 RELOEx

⁸⁶⁴ Art. 54.7 RELOEx

⁸⁶⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.; Los derechos socio-laborales..., op. cit., p. 467.

⁸⁶⁶ GARCIA MURCIA, J.; "Derechos Laborales...", op. cit., p. 33; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 236.

1.2.5. El derecho de huelga

1.2.5.1. El Derecho de huelga como derecho fundamental

El Derecho de huelga se encuentra constitucionalmente reconocido junto al derecho de libertad sindical, en el artículo 28, el apartado 2 indica que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”⁸⁶⁷ Es un derecho fundamental de toda persona e inherente a la dignidad humana.

En el Estatuto de los Trabajadores aparece como un derecho laboral básico de todo trabajador⁸⁶⁸. La principal particularidad es que pesa a encontrarse en la Sección 1ª del Título I de la CE aún no ha sido regulado por Ley Orgánica, por lo que se sigue vigente el preconstitucional Real Decreto Ley 17/1977, de cuatro de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, completado por la STC 11/1981, de 8 de abril⁸⁶⁹. En dicha norma no existe distinción de trato en atención a la nacionalidad del trabajador⁸⁷⁰.

La Ley de Extranjería, al igual que la CE, también contempla el derecho de huelga junto con el derecho de libertad sindical⁸⁷¹, donde ya ha desaparecido la restricción que establecía la anterior redacción de la LOEX que, aunque reconocía la titularidad del derecho, imponía la exigencia de estar en posesión

⁸⁶⁷ Los titulares del derecho de huelga serán los trabajadores, aquellas personas que realizan una prestación profesional de servicios por cuenta ajena, sometidas al contrato de trabajo. Y el extranjero que esté autorizado a trabajar será trabajador y por tanto podrá declararse en huelga, ESPINAR VICENTE, J. M.; Comentarios..., op. cit., pp. 29-30.

⁸⁶⁸ Art. 4 ET. “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: ... e) Huelga.”

⁸⁶⁹ RTC\1981\11

⁸⁷⁰ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., pp. 182-183.

⁸⁷¹ Art. 11 LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. “2. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles.”

de la autorización para trabajar para poder ejercitar el derecho de huelga a los trabajadores extranjeros⁸⁷².

La evolución del derecho de huelga había seguido la misma línea que otros derechos colectivos⁸⁷³, exigiéndose la estancia legal para su ejercicio en la LO 7/1985⁸⁷⁴. Con la LO 4/2000, se reconocía ampliamente el derecho de huelga a los trabajadores extranjeros⁸⁷⁵, volviendo de nuevo a la restricción del derecho con la reforma operada por la LO 8/2000, exigiendo para su ejercicio la autorización de trabajo⁸⁷⁶. Esta limitación al igual que otros derechos considerados fundamentales fue objeto de recurso de inconstitucionalidad.⁸⁷⁷

Condicionar el ejercicio del derecho de huelga a la posesión de la autorización para trabajar suponía una restricción inconstitucional al tratarse de un derecho fundamental, y vulnerar, además, los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España los cuales no hacen distinción en función de la nacionalidad⁸⁷⁸. Entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸⁷⁹, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁸⁰, el Pacto

⁸⁷² Art. 11.2 LO 8/2000. "2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga."

⁸⁷³ Sobre la evolución del derecho de huelga, MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales..., op. cit., pp. 65 y ss.

⁸⁷⁴ Art. 10 LO 7/1985. "Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras."

⁸⁷⁵ Art. 11.2 LO 4/2000. "2. De igual modo, se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga." Una generosidad que en el breve periodo de vigencia mostró algunas de sus virtualidades fácticas, como las manifestaciones huelguísticas de trabajadores agrícolas en El Ejido (Almería) donde la mayoría eran "trabajadores" extranjeros irregulares, MORENEO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Derecho de sindicación..., op. cit., pp. 229-230.

⁸⁷⁶ Art. 11.2 LO 8/2000. "2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga".

⁸⁷⁷ Suponía una limitación de carácter trascendental para un derecho fundamental y social elemental de todo trabajador, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 183.

⁸⁷⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 133.

⁸⁷⁹ Art. 23 DUDH

⁸⁸⁰ Art 11. Libertad de reunión y de asociación "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁸⁸¹, la Carta Social Europea⁸⁸² y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁸³.

La libertad que la CE otorga al legislador, ex arts. 13.1 y 10 CE, para regular los derechos de los extranjeros, no es absoluta ya que deberá respetar siempre la conexión del derecho con la dignidad humana, su contenido esencial y su regulación constitucional e internacional como canon hermenéutico⁸⁸⁴.

Nuestra jurisprudencia define la huelga como “cesación o paro del trabajo de personal empleado en el mismo oficio, hecho de común acuerdo con el fin de imponer ciertas condiciones a los patronos”⁸⁸⁵. Se concibe como “un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho” y que “ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que, en ningún caso, se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este, en principio, consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que

presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.” Al respecto GÓMEZ ÁLVAREZ, T. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.; Los derechos sociales y sindicales..., op. cit.

⁸⁸¹ Art. 8 PIDESC. “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:... d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”

⁸⁸² Art. 6 CSE “Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva”.

⁸⁸³ Art. 28 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.”

⁸⁸⁴ MORENO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Repensar los derechos sociales..., op. cit., p. 352.

⁸⁸⁵ STC (Pleno) 11/1981 de 8 abril de 1981. RTC 1981/11.

se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente.”⁸⁸⁶

1.2.5.2. Los trabajadores extranjeros en situación irregular como titulares del derecho de huelga

Los derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros fueron reflejados por el TC en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que el tribunal reconoce ciertos derechos y libertades como vinculados con la dignidad humana, que corresponden a los extranjeros por mandato constitucional y no son susceptibles de tratamiento diferenciado respecto a los españoles. Configuración que, prescindiendo del dato de la ciudadanía o nacionalidad, produce una completa igualdad entre españoles y extranjeros, existiendo una serie de derechos que corresponden de igual manera tanto a los españoles como a los extranjeros y su regulación deberá ser igual⁸⁸⁷.

La titularidad del derecho de huelga corresponde a los trabajadores, a sus representantes y a las organizaciones sindicales⁸⁸⁸. Y dentro del concepto de trabajador tendremos que incluir, sin atender a su situación administrativa, a todo el que presta servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona⁸⁸⁹.

Para confirmar esta postura, podemos acudir nuevamente al artículo 36.5 LO 2/2009 el cual declara que la ausencia de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Y a mayor abundamiento, el derecho de huelga, entre otros derechos laborales básicos, se reconocerá al trabajador por el hecho de serlo⁸⁹⁰. En consecuencia,

⁸⁸⁶STC (Sala Primera) 123/1992 de 28 septiembre de 1992. RTC 1992/123.

⁸⁸⁷STC (Sala Segunda) 107/1984 de 23 noviembre de 1984. RTC 1984/107.

⁸⁸⁸STC 11/1981, de 8 de abril de 1981. RTC/1981/11. FJ 11.

⁸⁸⁹Art. 1 ET “1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

⁸⁹⁰Art. 4 ET “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: ... e) Huelga.” OJEDA AVILÉS, opina que el legislador había incurrido en una grave contradicción al permitir en el artículo 36 el ejercicio de los derechos laborales al extranjero sin autorización para

por la posibilidad contemplada en el citado precepto, no cabe plantearse interrogante alguno sobre su inclusión entre los medios para la defensa de los intereses de los trabajadores⁸⁹¹.

Si el derecho de huelga como derecho fundamental no corresponde a la persona por razón de la nacionalidad o de la situación administrativa en la que se encuentren, sino por el hecho de ser trabajador, no resultaría constitucionalmente⁸⁹² admisible la separación entre titularidad y ejercicio del derecho de huelga y menos, la condición de estar en posesión de la autorización de trabajo para ejercitarlos, porque la exclusión de este derecho a los trabajadores extranjeros iría contra los Convenios y Tratados Internacionales.

La vulneración de la normativa internacional es el principal argumento que utiliza el TC para declarar la inconstitucionalidad de la expresión “cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”, y objeto de la última reforma en la que, ya en consonancia con lo que requiere un derecho fundamental considerado, se reconoce sin atención a requisito alguno.

Actualmente, el derecho de huelga queda redactado de la siguiente manera en el artículo 11 LO 2/2009: “Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles.”

1.2.5.2.1. La finalidad de la huelga de trabajadores en situación irregular

La inmigración clandestina o irregular se relaciona con la explotación que sufren los inmigrantes irregulares. Por lo que la posibilidad de defender sus

trabajar, y excluir en cambio tal posibilidad respecto al derecho de huelga, OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 517.

⁸⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 245. A *sensu contrario*, MONTOYA MELGAR, A.; El empleo..., op. cit., pp. 101 y ss.

⁸⁹² STC 259/2007, de 19 de diciembre. RTC/2007/259. Sentencia que remite casi en su totalidad a lo expuesto en la STC 236/2007, de 7 de diciembre. RTC/2007/236.

derechos frente a quienes provocan esta situación, haría menos rentable la contratación ilegal y favorecería el control de los flujos migratorios⁸⁹³.

Negar el derecho de huelga a los inmigrantes irregulares puede ser poco efectivo⁸⁹⁴, pues los derechos y fenómenos colectivos no permiten interferencias externas⁸⁹⁵. Con el RDLRT en la mano, ninguna tacha merece la huelga en la que participen inmigrantes irregulares⁸⁹⁶. Al tratarse de un derecho colectivo no sería fácil que en caso de huelga tengan que seguir trabajando los extranjeros irregulares por no ser titulares del derecho, teniendo en cuenta, la disciplina y las presiones colectivas que trae consigo este derecho. Tampoco resultaría viable que los tribunales admitan una represión selectiva del derecho de huelga dirigida sólo a los trabajadores extranjeros irregulares, con el riesgo de aplicar de forma desigual las sanciones que correspondan y el peligro de arbitrariedades contrarias al artículo 9.3 CE⁸⁹⁷. Además habría que tener en cuenta que el ejercicio del derecho por quien no lo tiene reconocido no es merecedor de sanción⁸⁹⁸. En todo caso, serían sancionables los posibles desórdenes públicos o actos que se puedan considerar contrarios al orden público pero como cualquier nacional, lo único que las consecuencias serían diferentes, como veremos, llegando a constituir esa actitud, un motivo susceptible de apertura de un expediente de expulsión.

En consecuencia, negar el derecho de huelga a los inmigrantes que se encuentren en situación irregular es inútil, aunque si bien como veremos a continuación, tampoco parece que éstos se encuentren dispuestos a exponerse ante las autoridades y con ello, arriesgarse a un procedimiento de expulsión no

⁸⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; El derecho del trabajo..., op. cit., p. 70. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., p. 99.

⁸⁹⁴ FERNANDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 135.

⁸⁹⁵ RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal..., op. cit., p. 39.

⁸⁹⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.; y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores..., op. cit., p. 8; RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal..., op. cit., p. 39.

⁸⁹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; El derecho del trabajo..., op. cit., p. 69; SERRANO ARGÜESO, M.; Las modificaciones..., op. cit., p. 426.

⁸⁹⁸ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p.104.

ya por ejercer el derecho de huelga, sino por la situación de irregularidad en la que se encuentran⁸⁹⁹.

En cuanto al ejercicio del derecho de huelga por parte de trabajadores extranjeros en situación irregular, uno de los sucesos de mayor calado que recordamos es el acaecido en El Ejido (Almería) donde en el año 2000 (vigente la primera versión de la LO 4/2000, donde se reconocía el derecho de libertad sindical y de huelga a todos sin atención a la situación administrativa⁹⁰⁰) buena parte de los huelguistas eran trabajadores extranjeros irregulares que reclamaban por sus condiciones laborales. Una huelga que tuvo consecuencias muy graves y produjeron disturbios y episodios de violencia étnica⁹⁰¹.

Pues bien, superada nuevamente la restricción del ejercicio del derecho de huelga, según el nuevo precepto de la ley, los trabajadores, cualquiera que sea la situación administrativa, podrán ejercer el derecho en las mismas condiciones que los españoles⁹⁰².

Y para saber en qué condiciones se ejercitará el derecho, tendremos que estar a la normativa existente sobre el derecho de huelga.

1.2.5.2.2. El ejercicio del derecho de huelga

a) El acuerdo y la convocatoria de huelga

En relación al acuerdo de huelga son necesarios unos requisitos para la eficacia y validez⁹⁰³. Por su parte, el TC concede una especial legitimación al sindicato, como agente fundamental y sujeto típico para la convocatoria de la

⁸⁹⁹ FERNANDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 135.

⁹⁰⁰ Art. 11 LO 4/2000 "1. Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen.

2. De igual modo, se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga."

⁹⁰¹ Al respecto, RÍO RUIZ, M. A.; El disturbio en El Ejido y la se-gregación de los inmigrantes. Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales, nº 1, 2002. Este autor señala que "todavía predomina la idea que relaciona inmigración ilegal-delincuencia."

⁹⁰² Art. 11 LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. "2. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles."

⁹⁰³ BAYLOS GRAU, A.; Derecho de huelga y servicios esenciales. Tecnos, Madrid. 1987, p. 138.

huelga⁹⁰⁴, donde será necesario el acuerdo expreso de los trabajadores⁹⁰⁵, por sí mismos o por medio de sus representantes⁹⁰⁶, entendiendo por representante a los sindicatos, comités de empresa y delegados del personal⁹⁰⁷.

Si el trabajador extranjero en situación irregular ostenta la condición miembro del comité de empresa o delegado personal, ¿estaría facultado para la declaración de huelga? Según el art. 3.2 de la RDLRT se requiere un acuerdo adoptado por mayoría de los representantes, levantando acta y firmado por los asistentes; también es posible declarar la huelga directamente por los propios trabajadores afectados por el conflicto, siendo en este caso la votación secreta y debiendo constar en el acta⁹⁰⁸.

Si la convocatoria se perfecciona por la mera declaración de los sujetos con capacidad para ello⁹⁰⁹, el extranjero en situación irregular ¿dispondrá de esa capacidad? Los argumentos para considerar el contrato de trabajo realizado por un extranjero en situación irregular como nulo⁹¹⁰, se basaban en la falta de capacidad en virtud de la remisión del artículo 7 c) del ET⁹¹¹ a los artículos 6.3

⁹⁰⁴ BAYLOS GRAU, A.; Derecho de huelga..., op. cit., p. 143. Véase F.J. 11 STC 11/1981 de 8 abril RTC/1981/11.

⁹⁰⁵ Si la huelga es un derecho del trabajador, los trabajadores por sí mismos podrán ejercitar el derecho. Con lo cual el colectivo de trabajadores extranjeros se benefician de ello, en la medida en que pueden ser minoría y ya no necesitan requisitos de *quórum*, POLO SÁNCHEZ, M. C.; Derechos fundamentales..., op. cit., p. 332. Sobre la huelga acordada por asamblea de trabajadores, STS de 21 diciembre 1982, RJ 1982/7885.

⁹⁰⁶ Art. 3 RDLRT “2. Están facultados para acordar la declaración de huelga: a) Los trabajadores, a través de sus representantes. El acuerdo será adoptado, en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos. De la reunión se levantará acta, que deberán firmar los asistentes. b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto. La votación habrá de ser secreta y se decidirá por mayoría simple. El resultado de esta se hará constar en acta.”

⁹⁰⁷ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 573.

⁹⁰⁸ Art. 3. 2 RDLRT “a) Los trabajadores, a través de sus representantes. El acuerdo será adoptado, en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos. De la reunión, se levantará acta, que deberán firmar los asistentes.

b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto. La votación habrá de ser secreta y se decidirá por mayoría simple. El resultado de esta se hará constar en acta.”

⁹⁰⁹ AA.VV. MORENEO PÉREZ, J. L. (Coord.); Derecho de huelga y conflictos colectivo. Estudio crítico de la doctrina jurídica. Comares. Granada. 2002, p. 247

⁹¹⁰ STS de 21 marzo 1997 RJ 1997\3391 Remitimos, para un estudio en profundidad, al apartado del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular.

⁹¹¹ Art. 7 ET “Podrán contratar la prestación de su trabajo:... c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.”

y 1275 del Código Civil⁹¹². Actualmente, con la redacción del artículo 36.5 LO 2/2009 y la teoría de la validez del contrato de un extranjero en situación irregular, ¿podría entenderse capaz para la declaración de huelga?

Si consideramos la posibilidad de ejercer la función representativa por medio de la interpretación de dicho precepto y de los derechos laborales que le corresponden como trabajador, estaríamos, evidentemente, ante una de las facultades derivadas de tal función.

b) La comunicación de la huelga

Tras el acuerdo adoptado por los sujetos legitimados, será necesaria la comunicación por parte de los representantes de los trabajadores al empresario y a la autoridad laboral, por escrito y notificada respetando el correspondiente plazo de preaviso, debiendo contener los objetivos, gestiones para resolver las diferencias, fecha de inicio y composición del comité de huelga⁹¹³.

Respecto a la notificación de huelga a la autoridad laboral, algunos autores han entendido que, por constituir una vertiente pública, resultaría más que dudoso que un extranjero irregular pudiera realizar dichos trámites pues jurídicamente no es posible que un extranjero en situación irregular realice los trámites oportunos para constituir un sindicato⁹¹⁴ o para convocar una huelga⁹¹⁵. Porque

⁹¹² Art. 6.3 CC “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.” Art. 1275 CC “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”

⁹¹³ Art. 3 RDLRT “3. El acuerdo de declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral por los representantes de los trabajadores.”

⁹¹⁴ Art. 4 LOLS “1. Los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto.”

⁹¹⁵ Art. 3 RDLRT. “3. El acuerdo de declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral por los representantes de los trabajadores. La comunicación de huelga deberá hacerse por escrito y notificada con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación. Cuando el acuerdo de declaración de huelga lo adopten directamente los trabajadores mediante votación. El plazo de preaviso comenzará a contarse desde que los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la misma. La comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga.”

constituyen actos que requieren una relación con la autoridad pública que no poseerán los extranjeros en situación irregular⁹¹⁶.

No obstante, ¿Sería una solución válida delegar en un nacional o en un extranjero regular la realización de los trámites necesarios? En todo caso, si la exigencia sólo implica cumplir los requisitos de forma y tiempo (escrito y preaviso), en principio, parece que nada impediría poder realizarlo el extranjero irregular.

Sin lugar a dudas, en la teoría se les reconoce el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles pero, en la práctica, la cuestión se complica pues el extranjero, como cualquier nacional, necesitaría una determinada documentación, además del pasaporte, para proceder a la notificación de esa huelga.

c) El comité de huelga

El comité de huelga tiene como función “participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto”⁹¹⁷, entre las que se incluyen intervenir en el nombramiento de los servicios de mantenimiento y el deber de participar en la designación de ellos, traducido en un doble sentido: cómo deben designarse y garantizar su ejecución⁹¹⁸, pudiendo demandar contra actos contrarios a la huelga, adoptar compromisos con el empresario, e incluso administrar fondos de huelga o donaciones recibidas, entre otros, pudiendo estar integrado o formado por trabajadores del establecimiento en conflicto⁹¹⁹.

⁹¹⁶ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., p. 33. FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 122.

⁹¹⁷ Art. 5 RDLRT “La composición del comité de huelga no podrá exceder de doce personas. Corresponde al comité de huelga participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto.”

⁹¹⁸ GONZÁLEZ BIEDMA, E.; Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa. Civitas. Madrid. 1992, p. 95. Véase F.J. 20 STC 11/1981 de 8 abril RTC\1981\11

⁹¹⁹ OJEDA AVILÉS, A.; Derecho..., op. cit., p. 575. Sobre la posibilidad del comité de huelga de interponer recursos contencioso-administrativos, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 marzo 1982 RJ 1982\1308.

Conociendo las funciones que puede ejercer el comité de huelga, ¿podría el extranjero irregular, como trabajador afectado por el conflicto, formar parte del comité de huelga?

Según POLO SÁNCHEZ, si el conflicto afecta al personal de la plantilla compuesto por nacionales y extranjeros, la composición del comité de huelga deberá ser mixta. No obstante, si el conflicto repercute exclusivamente a éstos, cree que debería plantearse una “composición monocolor”⁹²⁰.

El trabajador extranjero irregular podría ser miembro del comité de huelga como trabajador de la empresa afectado por el conflicto. Pero para el ejercicio de las funciones encomendadas, no tendríamos más remedio que retomar los mismos argumentos referidos anteriormente, en virtud de los cuales, no parece muy posible que el extranjero “sin papeles” pueda “administrar donaciones” o “interponer un recurso”; además de que no le interese exponer su situación de irregularidad. Aunque queda claro que el extranjero irregular una vez que inicia los procedimientos hasta llegar a ser miembro del comité de huelga debe ser consciente de su situación administrativa y que, por tanto, con su actitud puede darla a conocer a todos.

d) La participación de los piquetes

El éxito de la huelga depende de la difusión de los efectos y la participación, es decir, de la publicidad que constituye un elemento esencial. Por ello se establece la posibilidad de publicidad por parte de los trabajadores a través de los piquetes informativos, siendo su finalidad informativa y persuasoria, sin que impliquen coacción, violencia o intimidación⁹²¹. Como en la práctica sabemos que, en muchas ocasiones no es así, ¿deben abstenerse de participar en los piquetes por miedo a exponer su situación administrativa? La publicidad pacífica de la misma constituye el contenido esencial del derecho,

⁹²⁰ POLO SÁNCHEZ, M. C.; Derechos Fundamentales..., op. cit., p. 338.

⁹²¹ Art. 6 RDLRT “6. Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna.” AAVV. MORENEO PÉREZ, J. L. (Coord.) Derecho de huelga..., op. cit., p. 253. Al respecto, STC (Sala Segunda) 254/1988 de 21 diciembre RTC 1988/254.

con lo cual, cualquier actuación que intimide o limite a los piquetes informativos puede considerarse una vulneración del derecho fundamental o en todo caso, una restricción al mismo⁹²².

Aún así, puede, que individualmente no sea recomendable que los extranjeros irregulares participen en piquetes, pues una cosa es manifestarse y otra muy distinta participar en actos cuyo control policial es más evidente y severo, exponiéndose a la posibilidad de expediente de expulsión.

1.2.5.2.3. Efectos del ejercicio del derecho de huelga

El RDLRT establece los efectos que produce el ejercicio del derecho de huelga sobre los huelguistas, entre ellos, la cesación de la prestación de servicios⁹²³, la permanencia en alta especial en la Seguridad Social⁹²⁴, no pudiendo el empresario sustituir a los trabajadores huelguistas⁹²⁵, y también las posibles sanciones para el supuesto de participación en una huelga ilegal o por negarse a cumplir los servicios mínimos⁹²⁶.

Sin embargo, aunque la intención es la equiparación entre extranjeros y nacionales, el ejercicio del derecho se verá condicionado por el carácter precario de la relación laboral entre el empresario y el trabajador⁹²⁷, surgiendo

⁹²² AA.VV. MORENEO PÉREZ, J. L. (Coord.); Derecho de huelga..., op. cit., p. 255. El TC resolvió acerca de la realización de fotografías y filmación en vídeo por la Ertzaintza de un piquete de huelga informativo, que consideró una medida desproporcionada, STC (Sala Segunda) 37/1998 de 17 febrero RTC 1998/37.

⁹²³ Art. 6 RDLRT "2. Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario."

⁹²⁴ Art. 6 RDLRT "3. El trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador. El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad laboral transitoria."

⁹²⁵ Art. 6 RDLRT "5. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo."

⁹²⁶ Art. 16 RDLRT.

⁹²⁷ BALLESTER PASTOR, M. A.; El trabajo de los extranjeros..., op. cit., p. 34; MONEREO PÉREZ, J.L. y GALLEGO MORALES, A. J.; Libertad de sindicación..., op. cit., p. 230; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación..., op. cit., p. 240; y porque la incertidumbre sobre la continuidad en el mercado de trabajo permite descubrir ciertas peculiaridades que servirían para desmentir la afirmación del reconocimiento

algunas cuestiones a resolver⁹²⁸ como son, por un lado, la posibilidad de ser despedidos como sanción disciplinaria si la huelga fuera declarada ilegal que puede llevar aparejada la no renovación de la autorización⁹²⁹. En este punto se produce la primera diferencia pues las consecuencias serán distintas según se trate de un extranjero o de un nacional⁹³⁰.

Por otro lado, se plantea el problema de una expulsión del trabajador irregular por participar en actos contrarios al orden público, calificados como actos ilícitos o abusivos⁹³¹. Aquí la consecuencia es más grave⁹³².

Para evitar estas situaciones de peligro para los inmigrantes resulta de vital importancia la protección del derecho de huelga de los extranjeros, sobre todo, los que se encuentran en situación irregular⁹³³. Por ello debería tenerse en cuenta más circunstancias que la participación activa en el acto, las conductas individuales y atención especial a la intencionalidad específica de atentar contra dicho orden⁹³⁴. A lo que se une el difícil interrogante de cómo medir la conducta para poder establecer el límite⁹³⁵.

En relación a la situación de alta especial en la Seguridad Social a la que acceden los trabajadores que ejercen el derecho⁹³⁶, la situación de alta

del derecho de huelga en las mismas condiciones que a los españoles, POLO SÁNCHEZ, M. C.; Derechos fundamentales..., op. cit., p. 316.

⁹²⁸ FERNANDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 136.

⁹²⁹ Extinción de la relación laboral mediante el despido disciplinario al considerarse, la huelga ilegal, como ausencias injustificadas, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical..., op. cit., p. 457.

⁹³⁰ BALLESTER PASTOR, M. A.; El trabajo de los extranjeros..., op. cit., p. 34; RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores..., op. cit., pp. 899-900.

⁹³¹ Art. 7 RDLRT "2. Las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos." En relación a estos actos ilícitos y abusivos, cabe que el empresario realice tratamientos sancionadores diferentes siempre y cuando no incurra en discriminación, debido a que pueden concurrir circunstancias distintas en los trabajadores que participan en una huelga ilegal, MONEREO PÉREZ, J.L. y GALLEGU MORALES, A. J.; Libertad de sindicación..., op. cit., p. 231. SSTS de 28 noviembre 1988 RJ 1988/8898 y de 17 octubre 1990 RJ 1990/7929.

⁹³² FERNANDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 137.

⁹³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; Principio de igualdad..., op. cit., p. 102.

⁹³⁴ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., pp. 105-106.

⁹³⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico..., op. cit., p. 193.

⁹³⁶ Art. 6 RDLRT "El trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del

especial no se diferencia de una situación de asimilación al alta⁹³⁷, concurren las mismas circunstancias pues se produce un cese en la actividad y una baja en el Régimen con suspensión de la obligación de cotizar, pero considerándose como si estuviese en alta a efectos de prestaciones⁹³⁸.

Para el supuesto de que se trate de trabajadores en situación irregular, la Orden de 30 de abril de 1977 que desarrolla el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de seguridad social⁹³⁹, establece en su artículo 1.1 que el empresario deberá presentar ante la entidad gestora un relación nominal de los trabajadores que tengan el contrato suspendido por el ejercicio del derecho de huelga, que tendrá la consideración de asimilada a la de alta⁹⁴⁰.

Si el empresario debe notificar a la entidad gestora los trabajadores que se declaran en huelga, no podrá incluir a los que se encuentran en situación irregular, pues si ya antes no se encontraban en alta en la Seguridad Social, resulta evidente que no podrá comprender a éstos. Seguirían en la misma situación de irregularidad en la que ya se encontraban pero, eso sí, ejerciendo el derecho de huelga.

Y el empresario seguiría de la misma forma siendo susceptible de ser sancionado por tener contratados a trabajadores extranjeros en situación irregular⁹⁴¹.

propio trabajador. El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad laboral transitoria.”

⁹³⁷ Se considera altas asimiladas las situaciones tipificadas como tales, en las que producida una suspensión o extinción de la actividad laboral, la ley estima que debe conservarse una situación equivalente a la de alta real, pero únicamente a efectos de determinadas prestaciones, VÍLCHEZ PORRAS, M.; Campo de aplicación y actos de encuadramiento. En RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; Sistema de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 2008, p. 135.

⁹³⁸ VÍLCHEZ PORRAS, M.; Campo de aplicación..., op. cit., p. 139.

⁹³⁹ BOE de 16 de mayo de 1977.

⁹⁴⁰ Art. 2 Orden de 30 de abril de 1977 que desarrolla el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de seguridad social.

⁹⁴¹ Art. 53. 2 LOEX “a) No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral.”

A tenor de la STC 259/2007⁹⁴², puede darse el caso de que los trabajadores en tal situación administrativa vean con el ejercicio del derecho una posible sanción por hacer pública o exponer abiertamente su situación de irregularidad, (al igual que expusimos en su momento respecto de la libertad sindical a la hora de constituir un sindicato o a afiliarse a uno ya constituido) y ello provoque cesar en el intento de llevarla a efecto.

1.2.5.3. La tutela de los derechos colectivos de los trabajadores irregulares

El titular del derecho a la libertad sindical como derecho fundamental tendrá una tutela especial que el ordenamiento jurídico otorga por su carácter fundamental, y la LOLS define en su art. 13 los sujetos que pueden lesionar la libertad sindical de un trabajador o de un sindicato la cual puede venir “por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente”. El citado precepto considera de forma expresa como lesiones a la libertad sindical “los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo propósito de control.”

En el caso de trabajadores extranjeros irregulares es más fácil que se den ciertas circunstancias de desigualdad en relación a sus derechos como trabajador, es decir, su situación administrativa puede conllevar una retribución menor de la pactada, que se le pague media parte de la jornada en negro, la atribución de funciones para las cuales no han sido contratados, o incluso pueden sufrir acoso moral o sexual. En estos casos y como cualquier

⁹⁴² Sentencia que volvió a apostar por el concepto material de trabajador con independencia de su situación administrativa. Utilizando una vez más el art. 4.1 ET como parámetro de referencia, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; Extranjeros en situación irregular..., op. cit., p. 515.

trabajador tiene la posibilidad de denunciar o demandar a la empresa aunque, no sólo tendrán miedo al despido y las posibles represalias, sino a sacar a relucir su situación irregular.

En consecuencia, los trabajadores que se encuentren en esa situación tendrán una protección especial que se denomina: garantía de indemnidad que se traduce en la protección que tiene el trabajador frente a las represalias del empresario, cuando el trabajador ha ejercitado acciones judiciales o extrajudiciales contra él. Esto significa que si un trabajador presenta una denuncia en la Inspección de Trabajo, o realiza reclamaciones judiciales o extrajudiciales, el empresario no podrá despedirlo, ni sancionarlo, ni tomar medidas contra él, so pena, en caso de hacerlo, de ser condenado a la nulidad⁹⁴³.

De esta forma, cuando el trabajador está ejerciendo acciones contra la empresa, además de luchar por los derechos que por Ley le corresponden, de alguna forma también se está blindado contra el despido, pero no contra la expulsión.

Y esto es así porque la CE reconoce en su artículo 24.1 el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹⁴⁴, de forma que según la doctrina del Tribunal Constitucional, no solo se protege al trabajador cuando está ejercitando acciones judiciales, sino también cuando está ejerciendo acciones previas o preparatorias como pueden ser reclamaciones extrajudiciales, denuncias ante la Inspección de Trabajo, etc.

Asimismo, el artículo 4.2.g) ET⁹⁴⁵ determina, en conexión con el precepto anterior, que los trabajadores disponen, como derecho básico, de la facultad de

⁹⁴³ STS de 5 de julio de 2013, 1683/2012

⁹⁴⁴ Art. 24.1 “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

⁹⁴⁵ Art. 4.2.g) ET. “Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.”

interponer acciones en los tribunales judiciales como consecuencia de su contrato de trabajo⁹⁴⁶.

En este sentido, el TC ha asentado como doctrina pacífica que la tutela judicial efectiva no sólo se satisface a través de una adecuada resolución judicial (inexistencia de irregularidades ocasionadas dentro del proceso que originen la privación de garantías procesales), sino que también a través de la garantía de indemnidad, lo que implica la imposibilidad de tomar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de acciones judiciales o actos previos tendentes a la tutela de sus derechos. En otras palabras, el artículo 24 de la Constitución Española (CE) no sólo se ejerce a través de la actuación de los jueces y tribunales, sino que también implica la interdicción de que se produzcan en el seno de las relaciones privadas y laborales perjuicios como consecuencia del ejercicio de acciones judiciales por parte de los trabajadores por ser un derecho básico y, a la vez, fundamental.

Asimismo, la tutela tiene lugar aun cuando no exista un propósito de represaliar, bastando que exista un nexo causal entre el comportamiento antijurídico (represalia) y el resultado prohibido por la norma. Consiguientemente, el elemento intencional, constituido por el elemento psicológico o subjetivo (–dolo o culpa–), es irrelevante, siendo, por lo tanto, el nexo causal objetivo lo que debe apreciarse.

De ahí que el TC, en su sentencia de 14 de febrero de 2011⁹⁴⁷ haya declarado que si se concluye la falta de intencionalidad en la represalia deba analizarse si existe el mencionado nexo causal de carácter objetivo entre el acto jurídicamente ilegal y el perjuicio producido, sin perjuicio de una justificación objetiva, razonada y proporcionada.

En relación con la carga de la prueba es reiterada la doctrina del TC⁹⁴⁸ que establece que cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor

⁹⁴⁶ Entre otras, STSJ Andalucía de 4 de abril de 2007, 3876/2006.

⁹⁴⁷ RJ 634/2011. Véase FJ 4º

⁹⁴⁸ SSTC 140/1994, de 9 de mayo, FJ 3, RJ 376/1992 y 136/1996, de 23 de julio, FJ 4, RJ 1.793/1994

de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del “onus probando” no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo - la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

Por lo tanto, “se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.”⁹⁴⁹

En relación a la libertad sindical, especialmente en relación a la afiliación y actividad sindical de los trabajadores o sus representantes, la especial garantía de indemnidad se concreta con la consiguiente nulidad de conductas tales como diferencias de trato o perjuicios en relación a la acción sindical, porque el trabajador tiene derecho “a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa”. Se trata de una garantía en el caso de que el derecho de libertad sindical tenga consecuencias negativas para el trabajador o esto resulte perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical, pues “la

⁹⁴⁹ STSJ Andalucía de 4 de abril de 2007, 3876/2006.

garantía de indemnidad forma parte del contenido clásico de la libertad sindical⁹⁵⁰.

Cuando el TC declara que ha existido vulneración de un derecho fundamental, declara la nulidad del acto lesivo que es la forma de reparar la violación sufrida. Siendo el siguiente paso o consecuencia la readmisión⁹⁵¹, con los problemas que ello plantea como vimos anteriormente.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

2.1. Cuestiones previas

El notorio incremento de la inmigración ha supuesto que la protección de Seguridad Social del trabajador extranjero constituya un tema de actualidad y de creciente interés, tanto en nuestro país como en el contexto europeo.

Además, la situación actual de crisis económica y las alarmantes cifras de paro, han obligado a la adopción de vías o perspectivas menos aperturistas ante el fenómeno migratorio⁹⁵² y, de alguna manera han puesto a prueba la solidez de nuestro Sistema de Seguridad Social y economía en general⁹⁵³.

⁹⁵⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T.; La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional. Consejo Económico y Social. Madrid. 2008, pp. 33 y ss. Al respecto, entre otras, STC 111/2003 de 16 junio RJ 2003/111.

⁹⁵¹ Entre otras, STC 168/2006 de 5 junio RJ 2006/168. Sin embargo tal y como hemos visto, la readmisión en caso de un trabajador extranjero irregular no sería posible. Entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.; Los derechos constitucionales..., op. cit., p. 194.

⁹⁵² Así lo demuestra el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. Norma desarrollada por el RD 1800/2008, de 3 de noviembre. BOE de 11 noviembre 2008.

⁹⁵³ MONTOYA MEDINA, D.; Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 144/2009 (Estudios). Civitas. Madrid, 2009, p. 1.

2.2. La protección de Seguridad Social de los extranjeros en el marco internacional

Los Convenios Internacionales han reconocido la importancia del acceso de los trabajadores migrantes a la Seguridad Social con el objetivo de reducir su situación de desarraigo, favorecer la integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales. Para favorecer la igualdad de trato respecto de los nacionales, se hacía necesario eliminar de forma progresiva el requisito de la reciprocidad y, por tanto, las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo.⁹⁵⁴

Desde que se empezaron a establecer los sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigían los beneficios de los mismos a sus propios nacionales.⁹⁵⁵ Pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad Social por medio de convenios bilaterales que implicaban la protección de los nacionales que emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio, como puede ser el Convenio n. 19 de la OIT en materia de accidente de trabajo.⁹⁵⁶

Debemos advertir que la protección que dispensa la normativa internacional va referida a la inmigración regular. Los irregulares quedan olvidados y, por tanto, desprotegidos.

2.2.1. El principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros y sus excepciones

La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social puede entenderse desde dos vías distintas: una referente al

⁹⁵⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; “La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios” Relaciones Laborales, 2/2001, La Ley, Madrid, p. 5.

⁹⁵⁵ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 41.

⁹⁵⁶ Artículo 1. Convenio nº 19 OIT. “1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.”

Derecho Internacional y otra referida al derecho interno⁹⁵⁷. Así, desde la perspectiva del derecho internacional, nuestro Estado debe conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

Así, en el marco internacional, el principio de igualdad de trato aumentó su importancia desde el momento en que se empezaron a desarrollar los sistemas de Seguridad Social, especialmente debido a la concepción favorable del establecimiento de sistemas de protección financiados con fondos públicos: Esta circunstancia motivó que se desdibujara la relación de sinalagmaticidad entre cuota y prestación, provocando con ello, la discriminación entre nacionales y no nacionales⁹⁵⁸.

Asimismo, la mayoría de los Convenios que establecen la igualdad de trato de los extranjeros respecto a los nacionales, autorizan excepciones a esa regla. En consecuencia, el principio de igualdad de trato se configura desde dos técnicas diferentes: por un lado, existen Convenios que prevén la igualdad absoluta de trato para trabajadores extranjeros y, por otro, Convenios que establecen un régimen de reciprocidad entre los Estado que lo hayan ratificado y solo obligan al respeto de los extranjeros que sean procedentes de los países que ratificaron dicho Convenio⁹⁵⁹.

La protección del trabajador migrante, tanto como trabajador extranjero, como por ser un trabajador que se desplaza, requiere un tratamiento normativo a nivel internacional. Ese tratamiento deriva de una serie de instrumentos bilaterales o multilaterales de muy diversos tipos, que han permitido enormes progresos pero que no han podido impedir la pervivencia de ciertas condiciones particulares para el derecho a prestaciones. En opinión de RODRIGUEZ-PIÑERO, esto “puede suponer de hecho una desventaja importante para el trabajador migrante” ya que “se rompen los esquemas tradicionales

⁹⁵⁷ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario. Tecnos. Madrid. 2001, p. 58.

⁹⁵⁸ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social..., op. cit., p. 59.

⁹⁵⁹ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social..., op. cit., p. 59.

asegurativos y entran los fondos públicos de manera importante a financiar las prestaciones de Seguridad Social".⁹⁶⁰

El Derecho internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes con el objetivo de ser protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales y que su migración no produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir. Así, los acuerdos tanto bilaterales como multilaterales han intentado evitar la discriminación entre nacionales y extranjeros, suprimir la inseguridad sobre qué norma de Seguridad Social debía aplicarse a un supuesto concreto, conservar los derechos adquiridos y en proceso de adquisición y permitir la exportación de las prestaciones de un país a otro, al igual que proteger a las personas a cargo de un asegurado que no le acompañan en su traslado a otro país⁹⁶¹.

Tradicionalmente, las leyes sobre seguros sociales habían excluido a los extranjeros de su ámbito de aplicación pues se modulaban sobre el planteamiento/ coste-beneficio, de forma que se establecía como beneficiario al nacional con el único requisito de la existencia de convenios bilaterales que habilitaran de manera explícita la extensión de los beneficios del sistema a los inmigrantes. Al evolucionar los sistemas de Seguridad Social, se afianza el principio de igualdad de trato desde el momento en el que se comienza a financiar con fondos públicos aunque, es frecuente que los Estados apliquen el principio de igualdad únicamente cuando a la vez concurre un principio de reciprocidad.⁹⁶²

Con todo, el principio de igualdad es el que mejor daría respuesta a las necesidades de los trabajadores, pues quedarían encuadrados en el sistema como un nacional y se le aplicará para cualquier tipo de prestación tanto presente como futura. A pesar de lo expresado, podemos encontrar excepciones al citado principio especialmente en relación a las prestaciones en

⁹⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; IELSS, Madrid, 1982, p. 58.

⁹⁶¹ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social..., op. cit., p. 20.

⁹⁶² CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 43.

las que o se niega el derecho a su acceso, o se condiciona a requisitos de residencia previa.⁹⁶³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁶⁴ ha declarado de forma contundente que no debe existir una discriminación basada únicamente en razones de nacionalidad, sino que la diferencia de trato debe estar basada en razones justificadas, objetivas y razonables.

Según la jurisprudencia del TEDH, una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si «carece de justificación objetiva y razonable», es decir, si no persigue un «fin legítimo» o si no existe una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido». Por otro lado, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones, a otros efectos análogas, justifican una distinción en el trato. Sin embargo, añade que, «sólo unas consideraciones muy serias pueden llevar al Tribunal a considerar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad»⁹⁶⁵

Actualmente, en la mayoría de los supuestos, la protección se dirige a los extranjeros que adquieren la condición de trabajadores y a sus familias con independencia de la nacionalidad. Predomina así la protección de los inmigrantes por su condición de trabajador y a sus familiares con independencia de la nacionalidad, aunque el requisito de la residencia sí suele ser una exigencia en el país, es decir, deberán ser trabajadores con autorización.⁹⁶⁶

⁹⁶³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 44.

⁹⁶⁴ TEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, de 16 de septiembre de 1996.

⁹⁶⁵ Como señala la STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966. "Por lo tanto, los argumentos expuestos por el Gobierno demandado no convencen al Tribunal. La diferencia de trato, en lo relativo al beneficio de las prestaciones sociales, entre ciudadanos franceses o de países signatarios de un convenio de reciprocidad y los demás extranjeros no se basaba en ninguna «justificación objetiva y razonable.»

⁹⁶⁶ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 42. CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 44.

En todo caso, tal como advierte RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “resulta un principio fundamental deducible del régimen convencional de la Seguridad Social: la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, por la que los trabajadores (o, en su caso, los ciudadanos) de los países contratantes gozan en el otro país (o en los otros países) de todos los beneficios de la Seguridad Social (y están sometidos a las mismas cargas) que los trabajadores nacionales y con las mismas condiciones y requisitos que los nacionales: igualdad de trato que tiene límites importantes, tanto respecto a prestaciones no contributivas como respecto a ciertas condiciones mínimas de previa residencia”⁹⁶⁷.

- Excepciones al principio de igualdad de trato⁹⁶⁸

No obstante, todavía podemos encontrar, respecto al principio de igualdad de trato, dos excepciones a destacar que orientan el citado principio y que limitarían el objeto de la protección:

- La igualdad de trato puede ser negada respecto a una determinada rama, en concepto de “retorsión”, especialmente en los Convenios multilaterales, de forma recíproca, respecto de los ciudadanos de una de las partes que, a pesar de cubrir esa contingencia dentro de su ordenamiento de Seguridad Social, no establezca igualdad de trato respecto de la misma a los nacionales del otro Estado Miembro. Esta posibilidad, que sanciona una falta de reciprocidad concertada o legal, tiene su fundamento o inspiración en disposiciones constitucionales, según las cuales el Derecho internacional está expresamente condicionado por la reciprocidad.
- En otro sentido, la igualdad de trato puede depender de una condición o determinada residencia previa en el Estado que las concede, respecto a los ciudadanos de cualquier Miembro que subordine, en su legislación,

⁹⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; IELSS, Madrid, 1982, pp.58-59.

⁹⁶⁸ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social internacional. En AA.VV.; La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid. 1981, pp. 182-183.

el reconocimiento y otorgamiento de las prestaciones al requisito de la residencia en su territorio.

En relación a los sujetos que se benefician de la igualdad de trato, reiteramos que la regla general es la aplicación a los nacionales de los Estados parte de un Convenio de Seguridad Social. Sin embargo, cada vez es más frecuente que el ámbito personal de los Convenios incluyan sujetos que, independientemente de su nacionalidad, hayan estado sujetos a la legislación de las partes obligadas por el Tratado. En la mayor parte de los casos, los sujetos protegidos ostentan la condición de trabajador con independencia del régimen de Seguridad Social al que pueda inscribirse o si es por cuenta propia o ajena, excluyendo a los funcionarios que son omitidos sistemáticamente.⁹⁶⁹ Estas inclusiones podrían fundamentarse en el arraigo de la profesionalidad de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados. Además, respecto a nuestro Estado, los sujetos susceptibles de protección por los instrumentos coordinadores suscritos lo serán a nivel contributivo, salvo escasas excepciones⁹⁷⁰. Es frecuente el establecimiento del principio de igualdad de trato “sin condición de nacionalidad” pero, en cualquier caso, debemos señalar que es necesario que los trabajadores migrantes tengan regularizada su situación en el país de acogida, con las correspondientes autorizaciones administrativas⁹⁷¹.

2.2.2. El principio de reciprocidad entre Estados

La obtención de las autorizaciones administrativas por el trabajador no garantizaba la incorporación efectiva a los seguros sociales y al Sistema de

⁹⁶⁹ En relación al colectivo de funcionarios la Comunidad Europea ha cambiado la regla excluyente, con el Reglamento 1606/98. Así, y aunque con limitaciones, se les ha incluido en el campo de aplicación del sistema coordinador comunitario.

⁹⁷⁰ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; *La seguridad social...*, op. cit., p. 61. Es evidente que el Convenio Europeo de Seguridad Social y los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, obligan a los Estados a cubrir a los nacionales de los otros Estados miembros o partes con las prestaciones no contributivas. De otro lado, los Convenios bilaterales más modernos (Brasil, Chile, Rusia, Ucrania y Uruguay) recogen de forma expresa o tácita la posibilidad de que a través de los mismos se cubran a los sujetos protegidos mediante prestaciones no contributivas.

⁹⁷¹ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; *La seguridad social...*, op. cit., p. 62.

Seguridad Social, pues el ejercicio de una actividad profesional no se consideraba suficiente para el acceso de los extranjeros a la previsión social, porque se entendía que éstos derechos habían nacido con el claro objetivo de proteger a los trabajadores nacionales⁹⁷².

No obstante, tras la puesta en marcha del sistema de Seguridad Social el modelo normativo mantuvo las anteriores bases, apoyándose la tutela social de los trabajadores extranjeros en el principio de reciprocidad, siendo éste, el principio más importante de todos lo que rigen la cooperación internacional, pues responde a una realidad histórica, *do ut des*, hace que las obligaciones y concesiones propias se correspondan a las asumidas a contrario⁹⁷³.

Se produjo, en consecuencia, la equiparación completa entre los súbditos de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses, brasileños y los ecuatoguineanos⁹⁷⁴. Así, la proyección del principio de “rabiosa” igualdad de inmigrantes nacionales de los restantes países, se transformó en regla básica a raíz de la firma del Convenio nº 97 de la OIT.⁹⁷⁵

El principio de reciprocidad implica que si el país de origen del extranjero no ofrece una protección equivalente al trabajador español emigrante, no podría acceder a los beneficios del sistema español de Seguridad Social. Supone una reducción de derechos del trabajador extranjero pues a menudo, la situación económica de los países de origen condicionará la posibilidad de sistemas de Seguridad Social avanzados. Si el Sistema del otro Estado permite la incorporación de los españoles, pero existe una limitación o restricción a determinadas prestaciones, el extranjero también estará excluido en el Sistema

⁹⁷² RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; *Ámbito Subjetivo del sistema Español de Seguridad Social*. Aranzadi. Navarra. 2006, p. 177.

⁹⁷³ MERCADER UGUINA, J. R.; *La protección social de los trabajadores extranjeros*. En AA.VV.; *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, pp. 1137 y ss.

⁹⁷⁴ Art. 7.5 LGSS “Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.”

⁹⁷⁵ MERCADER UGUINA, J. R.; *La protección social...*, op. cit., p. 1138.

de Seguridad Social español. En consecuencia, existe igualdad de trato, pero los términos de comparación son diferentes: no son personas sometidas a un mismo ordenamiento, sino que estaremos ante distintos ordenamientos para personas en situaciones semejantes.⁹⁷⁶

2.2.3. El principio de conservación de derechos adquiridos

Se trata de un principio de doble vertiente pues, por un lado, se refiere a la conservación de los derechos perfectos o que ya vienen siendo disfrutados por el trabajador migrante y, por otro, pretende que el trabajador que aún no ha perfeccionado sus derechos por no cumplir los requisitos para obtener el mismo, especialmente los que se refieren a períodos de cotización previa, no vea frustradas sus expectativas por el hecho de salir a trabajar al extranjero.

Aparte de la igualdad de trato, el mantenimiento de los derechos adquiridos constituye un principio esencial de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social. Así, permite a los migrantes beneficiarse en todo caso, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando dejen de residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país⁹⁷⁷.

Los convenios y demás instrumentos internacionales consideran indispensable el acceso a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, buscando reducir su situación de desarraigo, favorecer su integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales.⁹⁷⁸

Desde que se establecieron los Sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigieron los beneficios de los mismos a favor de sus propios nacionales; pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad

⁹⁷⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; *Ámbito subjetivo...*, op. cit., p. 178. En el mismo sentido, SÁNCHEZ PÉREZ, J.; *La protección otorgada...*, op. cit., p. 5.

⁹⁷⁷ PERRIN, G.; *Los principios de la Seguridad Social...*, op. cit., pp. 182-183. Al respecto puede verse SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; *La residencia en España desde el prisma del derecho del trabajo y la seguridad social*. Aranzadi. Navarra, 2015.

⁹⁷⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL. *La SS y los inmigrantes extracomunitarios*. RL n. 2, 2001, p. 5. Con la finalidad de asegurar la igualdad de trato en materia de Seguridad Social se ha ido eliminando de forma progresiva el requisito de la reciprocidad relativizando las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo.

Social a través de convenios bilaterales que contemplaran la protección de los nacionales que emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio. Además, estos convenios deben coordinar los ordenamientos jurídicos de seguridad social ordenando las prestaciones cuando proceden de la aplicación de forma conjunta o compartida de diferentes sistemas de Seguridad Social.⁹⁷⁹

Así, de este modo, los convenios generales suelen ser flexibles regulando mínimos de protección adaptables a las peculiaridades y matices de los distintos sistemas de Seguridad Social.⁹⁸⁰

Según RODRÍGUEZ-PIÑERO, las citadas técnicas estaban ya bastante desarrolladas en el momento de plantearse el tratamiento comunitario de estas cuestiones y por ello fueron incluidas, en buena parte, en éste, a la vez que se dieron nuevos y decisivos pasos.⁹⁸¹

A nivel Internacional, los Convenios de Seguridad Social tienden a prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado se beneficien de todos los derechos adquiridos por ellas, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros.⁹⁸²

Una vez adquirido el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, el trabajador migrante, si pretende volver definitivamente a su país de origen, se plantea el problema de si sigue percibiendo (conservando) la prestación a la que tiene derecho, concedida por el país donde ha residido y generado el derecho, en su país de origen, o en otro distinto en el que haya decidido establecer su nueva residencia.⁹⁸³

El problema se plantea en el supuesto de que el trabajador extranjero quiera volver a residir en su país de origen, pues se deberá delimitar el alcance y grado de conservación de derechos adquiridos en el Estado de residencia y

⁹⁷⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 41.

⁹⁸⁰ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 43.

⁹⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO p. 60

⁹⁸² ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social..., op. cit., p. 78.

⁹⁸³ ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social..., op. cit., p. 78.

podrá seguir ejercitando esos derechos a la Seguridad Social en el Estado de origen. En principio, el beneficiario debería seguir percibiendo la correspondiente prestación con independencia del lugar de residencia. Es lo que se conoce como exportación de prestaciones, aunque los convenios internacionales establecen que sólo pueden exportarse las prestaciones contributivas.⁹⁸⁴

Respecto a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las concede⁹⁸⁵. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga⁹⁸⁶

No obstante, suele establecerse, en caso de prestación de naturaleza económica, una equiparación entre el territorio nacional y el territorio donde resida el beneficiario.⁹⁸⁷

En consecuencia, los migrantes podrán beneficiarse, en todo caso, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando cese su residencia en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

Así, como primera opción, debe considerarse como algo normal que los trabajadores decidan volver a su país de origen cuando su carrera activa sea interrumpida⁹⁸⁸, por lo cual, el mantenimiento de los derechos adquiridos, especialmente en prestaciones a largo plazo, constituye un “aspecto capital” de la protección de los migrantes⁹⁸⁹.

⁹⁸⁴ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 46.

⁹⁸⁵ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 46-47.

⁹⁸⁶ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 42.

⁹⁸⁷ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 46-47.

⁹⁸⁸ Entre otras razones, por incapacidad grave, casos de invalidez, accidente de trabajo o enfermedad profesional, también cuando llegue a su fin por causa de la edad.

⁹⁸⁹ Como expone PERRIN, “la igualdad de trato no basta para garantizarles beneficios equivalentes en todas las circunstancias. Lo consigue, sin duda, si la legislación correspondiente admite el carácter personal del derecho a las prestaciones, pero si ese derecho está afectado por un carácter territorial, la igualdad de trato no permitiría asegurar su

Por otra parte, la segunda opción es que los derechohabientes de los migrantes no residan con estos últimos en los países de acogida, por lo que se requiere además del mantenimiento de los derechos adquiridos a las prestaciones de supervivencia, el reconocimiento del derecho a las prestaciones en especie por enfermedad, maternidad o de prestaciones familiares para los miembros de la familia que residan fuera del estado competente. Así, el principio del mantenimiento de los derechos adquiridos trae aparejado, como consecuencia, el servicio en el extranjero de las prestaciones correspondientes⁹⁹⁰.

Este principio de conservación de los derechos adquiridos fue consagrado por el Convenio n. 48 OIT⁹⁹¹, que en su Parte III señala que las personas que hayan estado afiliadas a una institución de seguro de invalidez, de vejez o de muerte de uno de los miembros, así como sus derechohabientes, tendrán derecho a la totalidad de las prestaciones adquiridas en virtud de su seguro, si residen en el territorio de un estado miembro, cualquiera que sea su nacionalidad, o si son nacionales de un Estado Miembro, cualquiera que sea su lugar de residencia. Sin embargo, los subsidios, mejoras o fracciones de pensión pagados con fondos públicos podrán no ser abonados cuando se trate de personas que no sean nacionales de un Estado Miembro⁹⁹².

El convenio ha previsto dos regímenes de conservación de los derechos adquiridos, uno relacionado con el país de residencia de los beneficiarios y la naturaleza de las prestaciones, pero fundado en la reciprocidad entre miembros, y otro con un alcance más restringido en cuanto a los territorios y a las prestaciones, pero sin condición de reciprocidad.⁹⁹³

Por su parte, el Convenio n. 118 OIT, en lo que respecta a las prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia, a los subsidios por fallecimiento y a las rentas

mantenimiento efectivo a los titulares que cesan de residir en territorio del Estado competente".

PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 184

⁹⁹⁰ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 184

⁹⁹¹ Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935 (núm. 48) Convenio relativo a la organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte (Entrada en vigor: 10 agosto 1938)

⁹⁹² Art. 10 Convenio n. 48 OIT

⁹⁹³ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., pp. 184-185.

de accidente de trabajo o enfermedades profesionales, el Convenio n. 118 OIT⁹⁹⁴ establece que todo Estado Miembro deberá garantizar, a sus propios nacionales y a los nacionales de cualquier otro Miembro, en caso de residencia en el extranjero, el pago de las prestaciones de la rama considerada, con independencia de las medidas que se adopten a estos efectos mediante la ratificación del Convenio n. 48 OIT o mediante la aplicación por mutuo acuerdo de las disposiciones de dicho convenio, o bien mediante la conclusión de cualquier otro instrumento multilateral o bilateral apropiado. No obstante, en caso de residencia en el extranjero, el pago de las prestaciones no contributivas de invalidez, vejez o supervivencia, podrá subordinarse a la participación de los Miembros interesados en un sistema especial de conservación de derechos; mientras que las prestaciones concedidas a título de regímenes transitorios quedan excluidas de la aplicación del principio de mantenimiento de los derechos adquiridos⁹⁹⁵.

Sin embargo, la reciprocidad establecida respecto al mantenimiento de los derechos no es global, como en el Convenio n. 48 OIT, para el conjunto de las ramas de pensiones, sino que se aprecia rama por rama, teniendo en cuenta las ratificaciones selectivas a las que puede dar lugar el Convenio n. 118 OIT. Por el contrario, este último convenio no limita a las pensiones el mantenimiento de los derechos adquiridos, sino que impone también el respeto de dicho principio en relación con los subsidios por fallecimiento y con las rentas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, completando así útilmente los Convenios n. 19 y n. 48 OIT.⁹⁹⁶

En lo que respecta a las prestaciones familiares debe garantizar el beneficio de las asignaciones familiares a sus propios nacionales y a los demás Miembros que hayan aceptado las obligaciones de dicho convenio, en relación con los niños que residen en el territorio de uno de estos estados Miembros, en las condiciones y con los límites que se fijan de común acuerdo entre los Miembros

⁹⁹⁴ Convenio relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social. Entrada en vigor el 25 de abril de 1964.

⁹⁹⁵ Art. 5 Convenio n. 118 OIT

⁹⁹⁶ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 185.

interesados⁹⁹⁷. La exigencia del mantenimiento de los derechos, en este supuesto, resulta más restrictiva, pues sólo afecta a los niños que residan en el territorio de un Estado Miembro, sin que sea necesaria la transferencia de las asignaciones familiares del país competente, como en materia de prestaciones a largo plazo⁹⁹⁸.

Finalmente, en relación con cualquier otra rama deberán esforzarse en participar en un sistema de conservación de los derechos adquiridos, en beneficio de los nacionales de los referidos Miembros, a reserva de las condiciones que se fijen de común acuerdo entre ellos, como para las prestaciones a largo plazo⁹⁹⁹.

2.2.4. El principio del mantenimiento de derechos en curso de adquisición

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, pues cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los periodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el *principio pro rata temporis*, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.¹⁰⁰⁰

El principio pretende la reconstrucción de la Seguridad Social de los migrantes, a pesar de su afiliación sucesiva a diversas legislaciones. Con la finalidad de que se tomen en cuenta todos los períodos útiles de calificación, es decir, periodos de seguro, de actividad profesional o de residencia, dependiendo del caso, para el reconocimiento de los derechos y el cálculo de las prestaciones,

⁹⁹⁷ Art. 6 Convenio n. 118 OIT

⁹⁹⁸ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 185.

⁹⁹⁹ Art. 7 Convenio n. 118 OIT

¹⁰⁰⁰ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 42-43.

para garantizar los beneficios análogos a los que podrían aspirar si estos migrantes hubieran realizado toda su carrera en un solo país¹⁰⁰¹.

Los sistemas contributivos exigen un período previo de cotización, esto es, que los trabajadores contribuyan de forma previa al sistema de Seguridad Social. Esta exigencia, en multitud de casos, es de imposible cumplimiento por los trabajadores migrantes ya que su residencia y trabajo puede que no sea lo suficientemente larga como para acceder a las prestaciones derivadas de una determinada contingencia¹⁰⁰².

En relación a ello, los convenios internacionales suelen establecer mecanismos de ajuste para que los trabajadores no sufran la pérdida de dichos derechos. Así, los trabajadores migrantes que realicen actividades profesionales en un determinado Estado (siempre que sea parte del convenio), tendrán reconocidos los períodos de residencia y cotización mediante la totalización, o bien se computarán para la adquisición cuando el hecho causante sea generado.¹⁰⁰³

Esta cuestión fue regulada por primera vez por el Convenio n. 48 OIT sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, relativo a la organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte.¹⁰⁰⁴

De conformidad con la Parte II de este convenio, las personas, con independencia de su nacionalidad, que hayan estado afiliadas a instituciones de seguro de dos o más Miembros¹⁰⁰⁵, se benefician de la totalización de sus períodos de seguro y de los períodos asimilados según lo previsto por el convenio, para la adquisición, el mantenimiento o la recuperación de los derechos a pensión, así como para el derecho al seguro voluntario y a la asistencia y tratamientos médicos¹⁰⁰⁶. Sin embargo, en lo que respecta a la atribución de derechos previstos por un régimen especial, los períodos

¹⁰⁰¹ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 186.

¹⁰⁰² ALVAREZ CORTÉS, J. C.; La seguridad social..., op. cit., p. 86-87.

¹⁰⁰³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; Seguridad social internacional..., op. cit., p. 47.

¹⁰⁰⁴ Adoptado en Ginebra, 19ª reunión CIT (22 junio 1935) Al respecto, PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 186.

¹⁰⁰⁵ Art. 2.1 y 2 Convenio n. 48 OIT

¹⁰⁰⁶ Art. 2.3 Convenio n. 48 OIT

extranjeros sólo se totalizan cuando han sido cumplidos en un régimen aplicable a la profesión correspondiente¹⁰⁰⁷.

En palabras de PERRIN el Convenio n. 48 OIT, presenta también el “esbozo” de una reglamentación internacional de las acumulaciones que permite aplicar las cláusulas de reducción o de suspensión de las prestaciones previstas por la legislación de un Miembro¹⁰⁰⁸, tomando en cuenta prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Miembro o un empleo desempeñado en el territorio de otro Miembro¹⁰⁰⁹. Sin embargo, estas cláusulas no se aplican en caso de acumulación de prestaciones de igual naturaleza reconocidas en virtud del régimen internacional común¹⁰¹⁰.

Aunque la OIT se inspira en los convenios de las Naciones Unidas relativos al estatuto de los refugiados y al estatuto de los apátridas, así como en los Acuerdos interinos europeos de Seguridad Social, se ha decantado por garantizar a los migrantes una protección más completa. En efecto, mientras que los instrumentos anteriormente citados habían previsto la extensión de las disposiciones esenciales de los acuerdos bilaterales o multilaterales eventualmente concertados por las Partes Contratantes a todas las personas con posibilidad de beneficiarse de los referidos convenios de las Naciones Unidas o de los Acuerdos interinos, el Convenio n. 118 compromete a los Estados Miembros a participar en un sistema global y específico de conservación de los derechos mejor adaptado a esa finalidad general. Ahora bien, esta solución requiere asimismo una acción complementaria a fin de ayudar a los Estados interesados o, en su caso, a las organizaciones internacionales competentes, a poner en práctica los principios de coordinación cuya realización está prevista por el Convenio n. 118 OIT.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁷ Art. 2.4 Convenio n. 48 OIT

¹⁰⁰⁸ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 188.

¹⁰⁰⁹ Art. 12.1 Convenio n. 48 OIT

¹⁰¹⁰ Art. 12.2. Convenio n. 48 OIT

¹⁰¹¹ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 189-190.

2.2.5. Principio de cooperación entre Estados

Un cuarto principio de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social se encuentra en todos los Convenios de la OIT que se refieran de forma específica a la Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes. Se trata de la colaboración administrativa entre las autoridades competentes o entre las instituciones de los Miembros, para la aplicación de tales instrumentos y de las legislaciones coordinadas. La necesidad de una cooperación orgánica entre esas autoridades o instituciones para un buen funcionamiento de un sistema de coordinación justifica que la colaboración administrativa pueda ser considerada como una exigencia fundamental de cualquier sistema de esta clase y explica su constante afirmación en los Convenios n. 19, n. 48 y n. 118, los cuales han precisado progresivamente sus condiciones de aplicación¹⁰¹².

En efecto, mientras que el Convenio n. 19 OIT se limitó al reconocimiento de este principio, el Convenio n. 48 OIT especificó que la colaboración administrativa era reembolsable sobre la base de los gastos efectivamente realizados, salvo pacto en contrario¹⁰¹³.

Para facilitar la aplicación del Convenio, se crea, en conexión con la Oficina Internacional del Trabajo, una comisión compuesta por un delegado de cada Miembro y por tres personas designadas respectivamente por los representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores en el Consejo de Administración de la Oficina. La comisión redactará su propio reglamento¹⁰¹⁴.

La importancia de los instrumentos de la OIT sobre Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes ha consistido, especialmente, en la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social y, la revisión del convenio n. 48 que el Consejo de administración de la Oficina internacional del Trabajo decidió, durante su 211^o sesión (noviembre de 1979), inscribir en el

¹⁰¹²PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 190.

¹⁰¹³ Art. 14.2 Convenio n. 48 OIT

¹⁰¹⁴ Art. 20 Convenio n. 48 OIT

orden del día de la 67ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1981, abre una nueva fase de reglamentación internacional de la OIT, por medio de sus instrumentos de vocación universal, a favor de la garantía de los derechos de los migrantes en materia de Seguridad Social¹⁰¹⁵.

La intención principal es impulsar el desarrollo de la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social, gracias a la confirmación de los principios, a la racionalización de los métodos y a la elaboración de fórmulas de modelo aplicables a los diferentes regímenes en presencia.¹⁰¹⁶

2.3. El derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en el marco de la Unión Europea

La inclusión de los trabajadores inmigrantes en el sistema de Seguridad Social para prestaciones contributivas y no contributivas viene recogido en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹⁰¹⁷

Desde que se empieza a aplicar el principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea (art. 45 TFUE)¹⁰¹⁸ resultan indiscutibles las consecuencias dinamizadoras producidas tanto en la economía como en el

¹⁰¹⁵ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 191.

¹⁰¹⁶ PERRIN, G.; Los principios de la Seguridad Social..., op. cit., p. 191.

¹⁰¹⁷ Art. 34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. "1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales."

¹⁰¹⁸ Uno de los principios fundamentales del Tratado de Roma fue precisamente la libertad de circulación de trabajadores. Al igual que el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968, que desarrolla como principio general la supresión de cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de nacionalidad en el trabajo, el salario y demás condiciones de empleo así como el acceso a la vivienda y el derecho a la reunificación familiar.

incremento de la regulación derivada del empleo y de la protección social.¹⁰¹⁹ El Tratado de la Unión Europea incluye entre sus objetivos “un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas” para todos sus ciudadanos, todo ello en el marco de una economía de mercado “tendente al pleno empleo y al progreso social”¹⁰²⁰.

Sin embargo, los trabajadores procedentes de países no comunitarios no podrán invocar este derecho de libre circulación de trabajadores.

Posteriormente, la Carta Social Europea de 1961¹⁰²¹ ratificada por la mayoría de los países, establece la obligación de implantar sistemas de Seguridad Social tomando como referencia el Convenio 102 OIT, aunque con el compromiso de un perfeccionamiento progresivo, expresando en su art.12 que:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen:

- 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social.*
- 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social.*
- 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social.*
- 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:*

¹⁰¹⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 43.

¹⁰²⁰ Art. 3 párrafo 3, antiguo art. 2 del Tratado de la Unión Europea.

¹⁰²¹ Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

a) *La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes.*

b) *La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o 'de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes.*

Respecto a nuestro sistema interno de protección social de los ciudadanos extranjeros, éste viene condicionado por la normativa comunitaria y, en concreto, por lo establecido en el Reglamento CEE 1408/1971¹⁰²². Este Reglamento quedó derogado y sustituido desde el 1 de mayo de 2010 por el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social¹⁰²³, salvo las excepciones previstas en el artículo 90 de este último. Este precepto dispone:

1. Queda derogado el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento. No obstante, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos:

- a) del Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los

¹⁰²² Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la comunidad. Una versión actualizada tras múltiples modificaciones: Versión consolidada del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971 (eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do).

¹⁰²³www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_883_2004.

nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas¹⁰²⁴, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento;

- b) del Reglamento (CEE) núm. 1661/1985, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia, en tanto no se derogue o modifique dicho reglamento;
- c) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, en tanto que dichos Acuerdos no se modifiquen a la luz del presente Reglamento.

2. Las referencias al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 en la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, se entienden hechas al presente Reglamento¹⁰²⁵.

En consecuencia, este Reglamento establece el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión Europea que residan en alguno de los Estados que la componen, y tiene como principio básico la coordinación, facilitando la totalización de periodos para la generación de derechos de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones, lo que facilita tanto el derecho a la conservación de derechos, como a la exportación de los mismos¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_859_2003.

¹⁰²⁵ http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_1408_1971

¹⁰²⁶ Art. 29 Reglamento 1408/1971 "Residencia de los miembros de la familia en un Estado distinto de aquél en que reside el titular. Traslado de residencia al Estado donde reside el titular 1. Los miembros de la familia del titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro, o de pensiones o rentas debidas en virtud de las legislaciones de dos o varios Estados miembros, que residan en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que reside el titular, disfrutarán de las prestaciones en especie

La situación derivada del citado Reglamento ofrecía problemas de distinto orden pero básicamente centrados en la aplicación de un trato discriminatorio respecto de los trabajadores no comunitarios, tal y como podíamos extraer de su art. 2, según el cual “se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados Miembros o apátridas y que sean nacionales de uno de los Estados Miembros o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes”, texto de cuya lectura se deduce la inaplicación del Reglamento a nacionales de terceros países aunque residan y trabajen legalmente en el territorio de los Estados Miembros.¹⁰²⁷

El mencionado Reglamento 859/2003 (CE)¹⁰²⁸, en su artículo primero, ofrece diferencias sustanciales respecto al régimen regulado por el Reglamento precedente indicando que “Sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que

como si el titular residiera en el mismo territorio que ellos, siempre que el titular tenga derecho a las mencionadas prestaciones en virtud de la legislación de algún Estado miembro. Estas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia de los miembros de la familia, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que dicha institución aplique, con cargo a la institución del lugar de residencia del titular. 2. Cuando los miembros de la familia a que se refiere el apartado 1 trasladen su residencia al territorio del Estado miembro donde reside el titular, disfrutarán de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado, aunque hubieran disfrutado, antes de trasladar su residencia, de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o de maternidad.”

¹⁰²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G.; “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”. Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica. nº 1/2004. La Ley. Madrid. 2004, p. 1118.

¹⁰²⁸ Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado Miembro”.

La fórmula que se utiliza en este precepto no supone una modificación del Reglamento anterior, sino una extensión del campo de aplicación del Reglamento 1408/71. Alcanza así a los sujetos que hasta ese momento se encontraban excluidos de aplicación en virtud de la nacionalidad. El anterior Reglamento sólo acogía de entre el grupo de los no comunitarios a los apátridas y a los refugiados. Por ello, la extensión que se lleva a cabo también abarca a los supervivientes no comunitarios de los trabajadores no comunitarios y también a sus familiares¹⁰²⁹.

Para la aplicación de la normativa anterior es necesario un requisito adicional: la residencia legal del inmigrante en un país de la UE. De ello derivan dos implicaciones: no se podrá otorgar ningún derecho de coordinación de Seguridad Social al extranjero no comunitario en situación irregular y, por otro lado, que el Reglamento no alterará en nada las normas aplicables respecto de la situación administrativa irregular.¹⁰³⁰

2.4. La protección de los trabajadores extranjeros en la normativa española de Seguridad Social

2.4.1. Evolución normativa

La normativa nacional de Seguridad Social se ocupa de la situación de los trabajadores extranjeros que residen y trabajan en España. Ello en parte es debido a que en España rige el principio de la *lex loci laboris* del contrato de trabajo.

De ahí que el trabajador, nacional o extranjero, sea susceptible de protección por nuestro sistema de Seguridad Social.

En el sistema español de Seguridad Social podemos distinguir dos niveles de protección: por un lado el contributivo y por otro el no contributivo.

¹⁰²⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada..., op. cit., p. 45.

¹⁰³⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G.; “La Seguridad Social...”, op. cit., p. 1124.

La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero en 1900, señalaba en su artículo primero el concepto de accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”. Añadía el concepto de empleador y trabajador en los siguientes términos: el patrono es “el particular ó Compañía, propietario de la obra, explotación ó industria donde el trabajo se preste” y el operario, “todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena.”

No hacía mención alguna al extranjero y, por tanto, ninguna restricción por razón de la nacionalidad.

Es en el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y Reglamento para su aplicación¹⁰³¹, donde encontramos referencia a la nacionalidad de los trabajadores en su art. 5. Este dispone que "Los trabajadores portugueses, hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que ejerzan sus actividades en territorio nacional o plazas de soberanía quedan equiparados a los trabajadores españoles. Los restantes trabajadores extranjeros gozarán de los beneficios de esta Ley así como sus derechohabientes que residan en territorio español al ocurrir el accidente. Los derechohabientes que residan en el extranjero al ocurrir el accidente obtendrán dicho beneficio en el caso de que la legislación de su país los otorgue en análogas condiciones a los súbditos españoles. O bien cuando se trate de ciudadanos de un país que haya ratificado el Convenio Internacional de Ginebra sobre igualdad de trato en materia de reparación de accidentes del trabajo, o bien cuando se haya estipulado así en Tratados especiales.”

Este Decreto remite al Convenio n. 19 de la OIT obliga a conceder el mismo trato a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado en

¹⁰³¹ RCL\1956\1048. BOE de 15 julio de 1956.

materia de indemnización por accidentes de trabajo¹⁰³², sin establecer atención, por tanto, a la situación administrativa del trabajador.

Con lo que la normativa que regulaba los accidentes de trabajo extendía la protección a los trabajadores contemplados en el artículo, es decir, a los nacionales con los que España tenía vínculos históricos, sin limitación y los equiparaba a los españoles sin tener en cuenta si el país había ratificado o no el convenio nº 19 de la OIT. Respecto al mencionado convenio, también los equiparaba respecto a los nacionales de los Estados que hubieran ratificado el convenio.

Y nuestra legislación interna todavía iba más allá ya que protegía al trabajador por accidente de trabajo, extendiendo la protección en todo caso¹⁰³³.

Por su parte, tanto el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social¹⁰³⁴, como el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁰³⁵ y Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁰³⁶ en su versión inicial, contenían las mismas previsiones sin que las normas específicas de extranjería (LO 7/1985) introdujeran limitación alguna. Se perpetuaba así el principio de reciprocidad.¹⁰³⁷

¹⁰³² Art. 1 Convenio nº 19 OIT. “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.”

¹⁰³³ Art. 1.4 b) Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966.

¹⁰³⁴ BOE de 22 de abril de 1966.

¹⁰³⁵ BOE de 20 de julio de 1974.

¹⁰³⁶ BOE de 29 de junio de 1994

¹⁰³⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; *Ámbito subjetivo...*, op. cit., p. 181.

Por otro lado, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/1985, se reconocía la protección social a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, en virtud del entonces vigente art. 7.4.2º LGSS de 1974¹⁰³⁸, que debía efectuarse a la luz de la Resolución de 15 de abril de 1968¹⁰³⁹, como del art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966¹⁰⁴⁰, que exigía presumir en todo caso la reciprocidad en materia de accidente de trabajo con independencia de la nacionalidad¹⁰⁴¹. De ahí que, ante el obvio incumplimiento de los actos de encuadramiento en el campo de aplicación de la Seguridad Social, el empresario fuese imputado respecto de las responsabilidades derivadas de la contingencia profesional¹⁰⁴².

En consecuencia, este reconocimiento de la protección social al trabajador extranjero, que sufría las consecuencias derivadas de un accidente de trabajo en territorio nacional, se apoyaba en la aplicación del principio de reciprocidad, que garantizaba la protección al trabajador extranjero residente en España, siempre y cuando, los españoles recibieran la misma protección en el país de

¹⁰³⁸ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE de 20 de julio de 1974. “4. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el presente artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los convenios o acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.”

¹⁰³⁹ De la Dirección General de Previsión sobre equiparación de trabajadores extranjeros a los nacionales, a efectos de inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social. BOE de 6 de mayo de 1968.

¹⁰⁴⁰ Seguros Sociales. Campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social. Art. 1.4 b) “Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.” BOE 30 diciembre 1966.

¹⁰⁴¹ Este Decreto se desarrollaba por la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 que establecía respecto a los ciudadanos hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños una equiparación absoluta con los españoles, estableciendo en su apartado segundo que, “Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.”

De esta regulación se deduce una mejoría, pues se entenderá la reciprocidad en “todo caso” y aunque sus países no hayan ratificado el convenio nº 19 de la OIT.

¹⁰⁴² RIVERA SÁNCHEZ, J. R.; “La acción protectora derivada...”, op. cit., p. 4.

origen del trabajador accidentado. Este argumento resultaba bastante útil, pues en esa época y contexto, España se caracterizaba por ser un país de emigrantes, así pues, podía desarrollar una política exterior que asegurase la protección social de los trabajadores españoles en el extranjero¹⁰⁴³.

Aunque tal equiparación de trato se condicionaba a encontrarse “legalmente en territorio español”.¹⁰⁴⁴

La doctrina defiende que esta norma preconstitucional introduce una equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros en materia de protección social derivada de contingencias profesionales, con lo cual, las prestaciones que podían corresponder, no requerían el requisito de la residencia legal, pues los trabajadores de aquéllos países que hayan ratificado el Convenio n. 19 de la OIT y no se encuentren legalmente en España y carezcan de la autorización para trabajar, se consideraban incluidos en el Sistema Español de Seguridad Social, y en alta en el régimen que corresponda, a los solos efectos de protección por contingencias comunes¹⁰⁴⁵.

El artículo 7 apartado 4º establecía la equiparación con los españoles de los hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio español. Con respecto a los súbditos de los restantes países se estará a lo que dispongan los convenios o acuerdos ratificados en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Se mantiene la equiparación de los ciudadanos de países con vinculación histórica con España y remisión a los convenios y acuerdos, y la reciprocidad respecto al resto.

Lo que no sabemos con claridad es si la expresión “que residan” hace referencia a una situación de regularidad y/o legalidad. Porque si lo

¹⁰⁴³ RIVERA SÁNCHEZ, J. R.; “La acción protectora derivada...”, op. cit., p. 4.

¹⁰⁴⁴ Art. 1 Resolución de 15 de abril de 1968. “a) Los trabajadores inmigrantes que se encuentren legalmente en territorio español, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, sin perjuicio de lo establecido en Convenios o Acuerdos internacionales para la conservación de derechos adquiridos y en cursos de adquisición”.

¹⁰⁴⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.; Sistema de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 2008, p. 55.

entendemos en sentido estricto, entenderíamos que debería ser residencia legal.¹⁰⁴⁶

En este contexto, y a mayor abundamiento, nuestro país ratificó¹⁰⁴⁷ el Convenio nº 97 de la OIT sobre trabajadores migrantes, que establece la igualdad de trato a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales, entre otras, en materia de “seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social)”.

La resolución de 15 de abril de 1968 de la Dirección General de Previsión sobre equiparación de trabajadores extranjeros a los nacionales, a efectos de inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social¹⁰⁴⁸, establecía en su artículo 1 que, “a efectos de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, quedarán equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que se señalan en los apartados siguientes: a) Los trabajadores inmigrantes que se encuentren legalmente en territorio español, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, sin perjuicio de lo establecido en Convenios o Acuerdos internacionales para la conservación de derechos adquiridos y en cursos de adquisición. Tal equiparación no será aplicable a las siguientes categorías de trabajadores:...” b) Los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residen en territorio español y estén comprendidos en las categorías de trabajadores a que se refiere el párrafo

¹⁰⁴⁶ MORENO PUEYO, M.; “Extranjeros inmigrantes y seguridad social española”. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos. Núm. 45/2004, p. 130.

¹⁰⁴⁷ Ratificado por España el 21 marzo 1967.

¹⁰⁴⁸ BOE de 6 de mayo de 1968. <http://www.mtin.es/es/guia/leyes/RES150468.htm>

segundo del apartado anterior, en los términos y condiciones que en cada caso acuerde el Gobierno y, en forma absoluta, en todos aquellos casos en que el Gobierno no haya acordado expresamente dichos términos y condiciones. c) Los súbditos de países no enumerados en el apartado anterior y que estén comprendidos en las categorías de trabajadores a que se refiere el párrafo segundo del apartado a), en cuanto así resulte de los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o les sea aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida; entendiéndose, en todo caso, reconocida la reciprocidad respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.”

Y en todo caso, se reconoce la reciprocidad en caso de contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedad profesional).

Por último, la LGSS de 1974 aunque sigue la estructura anteriormente expuesta, mantiene la línea del convenio n. 97 de la OIT al establecer la equiparación a los españoles de los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que “residan y se encuentren legalmente en territorio español”.

Entendemos, por tanto, que, hasta la fecha, nuestra normativa interna de Seguridad Social no contemplaba un reconocimiento explícito de prestaciones de Seguridad Social a un extranjero en situación irregular, ya que del art. 1.4 b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 no puede extraerse tal afirmación ya que el mismo sólo reconocía protección cuando existiera reciprocidad. Esta interpretación se refuerza en el dato de que el Convenio n. 19 OIT sólo reconocía la igualdad de trato en materia de accidente de trabajo pero sin existir norma específica de Seguridad Social.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁹ MORENO PUEYO, M.; “Extranjeros inmigrantes y seguridad social española”. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos. Núm. 45/2004, p. 132.

2.4.2. Regulación vigente en materia de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros

La regulación vigente la conforman la Constitución Española de 1978 y el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social más las Leyes de Medidas de 1997 y 1998.

2.4.2.1. La Seguridad Social de los extranjeros en la Constitución Española de 1978

La Constitución no ha contemplado un concreto status del inmigrante, únicamente se refiere a los derechos del extranjero que se encuentra en España. Los derechos del inmigrante derivan del triple status de que goza: como persona humana, como extranjero residente en el territorio español y en su condición de trabajador. De ahí que ese status se enriquezca con la ciudadanía social que deriva de la condición de trabajador, en cuanto a los valores, principios y derechos que se derivan desde la Constitución y desde la legislación del trabajo. Así, si nuestra norma suprema no es sólo para españoles, tampoco lo es sólo para los trabajadores españoles.¹⁰⁵⁰

Una vez que los inmigrantes han cruzado nuestras fronteras y se encuentran en nuestro territorio, al realizar una actividad laboral son considerados trabajadores a todos los efectos, por lo que el Derecho del Trabajo tendrá un papel significativo en su protección.¹⁰⁵¹

¹⁰⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Principio de igualdad...", op. cit., p. 91.

¹⁰⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Principio de igualdad...", op. cit., p. 99.

Según la Constitución Española, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley¹⁰⁵².

Y dentro de ese Título I de la CE encontramos dos preceptos que se pueden poner en conexión con la protección social de los trabajadores extranjeros. Uno sería el artículo 41¹⁰⁵³, que obliga a los poderes públicos a mantener un “régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”, y otro, el 43.1 del mismo texto constitucional¹⁰⁵⁴, que reconoce “el derecho a la protección de la salud”.

Y el ejercicio de estos derechos deberá completarse con lo dispuesto en la regulación específica en materia de extranjería como es la Ley de Extranjería y sus sucesivas reformas, no debiendo existir ningún ápice de discriminación o atentado contra el principio de igualdad.

El articulado de la CE no se inclina por un modelo concreto de política social, pero parece rechazar en el plano de la política social general (art. 9.2 CE), y de la Seguridad Social en particular (arts. 41 y 50 CE), los postulados del paradigma de Estado de Bienestar “liberal”. Ello se comprende si se percibe que en la norma fundamental se habla de la garantía de prestaciones sociales “suficientes” (art. 41 CE) y de la garantía de “prestaciones adecuadas” (art. 50

¹⁰⁵² Art. 13 CE “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.” El TC ha definido el alcance y la proyección del principio de igualdad y no discriminación entre nacionales y extranjeros en relación a los derechos fundamentales y libertades públicas del artículo citado, estableciendo una triple clasificación según la naturaleza del Derecho Fundamental, así “los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana(art. 10.1 CE);por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos(como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.”, así lo establece la STC 95/2000, de 10 de abril, RTC 2000/95; en el mismo sentido, SSTC 107/19884, de 23 de noviembre, RTC 184/107; 99/1985, de 30 de septiembre, RTC 1985/99 y 130/1995, de 11 de septiembre.

¹⁰⁵³ Art. 41 CE “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

¹⁰⁵⁴ Art. 43 CE “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.”

CE), para asegurar la suficiencia económica a los ciudadanos. Desde la perspectiva constitucional no parece que el objetivo del Sistema de Seguridad Social deba limitarse a proporcionar un simple nivel de subsistencia, sino un nivel adecuado y decoroso de vida¹⁰⁵⁵

La Constitución obligaba a un replanteamiento de la cuestión, se centra más concretamente en los derechos sociales del trabajador extranjero que trabaja en España. Sin embargo, el art. 41 en relación al régimen público de la Seguridad Social, se refería a los nacionales desde una perspectiva más universalista que profesional frente a la realidad del sistema de Seguridad Social que sigue conservando elementos como la profesionalidad y el carácter contributivo¹⁰⁵⁶.

El TC tiene la labor de matizar esta argumentación pues, según el art. 13 CE, “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, con lo cual, ha considerado que “ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal”.¹⁰⁵⁷

En base a este artículo, la Seguridad Social no debería ser una excepción, especialmente cuando se trata de “un derecho de estricta configuración legal”¹⁰⁵⁸

Es evidente que el art. 41 CE establece unos requisitos e impone ciertas tendencias, pero la normativa infraconstitucional no se ha encontrado encorsetada. Debemos recordar no pocas variaciones en relación al régimen

¹⁰⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.; “El derecho a la Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N. (Dir.); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Comares, Granada, 2002, p. 1476.

¹⁰⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; “El derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, p. 75.

¹⁰⁵⁷ FJ 3º STC 95/2000, de 10 de abril. RTC 2000\95

¹⁰⁵⁸ FJ 3º STC 37/1994 de 10 febrero. RTC 1994\37

jurídico de los derechos sociales de los extranjeros, basándose en que las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros no resultan *per se* discriminatorias, ya que los tratados y la ley a los que remite el art. 13 CE no las proscriben en todo caso. En consecuencia, interpretando tanto los art. 13 y 41 CE como la doctrina del TC sobre los mismos, se deduce que la obligación de los poderes públicos en relación con el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social no queda reducido únicamente a los españoles, sino que también alcanza a los extranjeros en virtud de esa universalidad. Ello no impide que en las normas internacionales o el legislador mismo, establezcan un régimen jurídico distinto en función de la nacionalidad o por circunstancias socioeconómicas¹⁰⁵⁹.

Así, el mandato del art. 41 CE a los poderes públicos de establecer un régimen público de Seguridad Social se concreta en la LGSS, la cual establece diferencias por razón de la nacionalidad¹⁰⁶⁰, aunque el art. 1 de la citada ley, se refiera sólo al “derecho de los españoles a la Seguridad Social”.

Es evidente que la nacionalidad se tiene en cuenta a la hora de beneficiarse del sistema español de Seguridad Social, pero la propia LGSS proclama la universalidad como principio del sistema sustituyendo el término “españoles” por “personas”.¹⁰⁶¹

La entrada en vigor de la LO 7/1985 consolidó ese proceso expansivo, pues en el marco de los derechos sociales “la ciudadanía carece, en principio, de relevancia”¹⁰⁶². Se reconoce así, junto al Derecho al Trabajo, el acceso “al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”¹⁰⁶³.

Se trata de un derecho lógico y natural, una vez que el sistema de Seguridad Social ha limado el alcance del criterio de la nacionalidad: aunque el derecho a

¹⁰⁵⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; *Ámbito subjetivo...*, op. cit., p. 184.

¹⁰⁶⁰ Art. 7 LGSS

¹⁰⁶¹ Art. 2 LGSS

¹⁰⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Principio de igualdad...”, op. cit., p. 99.

¹⁰⁶³ Art. 10.1 LOEx. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

la Seguridad Social se reconoce, en principio, a los españoles, se entiende que la profesionalidad, ya en el origen del sistema, ha pasado a ser el factor dominante en su configuración actual, al menos en la rama contributiva. De ahí, que la incorporación de los trabajadores extranjeros a nuestro sistema de Seguridad Social ya se contemplaba en la propia legislación de Seguridad Social¹⁰⁶⁴, aunque no exactamente como derecho de éstos, sino como criterio de delimitación de su ámbito de aplicación¹⁰⁶⁵.

Respecto a la modalidad contributiva, núcleo de nuestro sistema de Seguridad Social, la incorporación de los trabajadores extranjeros dependerá del desarrollo por parte de éstos de una de las actividades contempladas en el art. 7.1 LGSS, incluida la función militar cuando sea susceptible de realización por parte del extranjero.¹⁰⁶⁶

2.4.2.2. La Ley General de Seguridad Social

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹⁰⁶⁷, Ley de medidas de 1997, modificó los apartados 1¹⁰⁶⁸ y 5¹⁰⁶⁹ del artículo 7 LGSS, por lo que se equiparan, respecto a la modalidad

¹⁰⁶⁴ Art. 7 LGSS

¹⁰⁶⁵ GARCIA MURCIA, J.; "Derechos Laborales...", op. cit., p. 28.

¹⁰⁶⁶ En relación al acceso a la función pública sólo se benefician los ciudadanos comunitarios, RD 543/2001, de 18 de mayo, Acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros estado a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, BOE de 31 de mayo. En cuanto a la condición de militar, la incorporación de los extranjeros al Ejército, con independencia de su nacionalidad, ha estado vetada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, BOE de 19 de mayo. Con la Ley 32/2002, de 5 de julio, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, BOE de 6 de julio, se permitió el acceso de los extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.

¹⁰⁶⁷ BOE de 31 de diciembre de 1996. RCL\1996\3182

¹⁰⁶⁸ art. 7 LGSS "1. Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional."

¹⁰⁶⁹ Art. 7 LGSS. "5. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se

contributiva, los españoles y extranjeros cualquiera que sea la nacionalidad y siempre que se encuentren legalmente en el país.

Aunque hay que decir que la mayoría de los trabajadores extranjeros ya gozaban de la equiparación bien por tener una determinada nacionalidad, bien por el Convenio n. 97 de la OIT, o bien por el principio de reciprocidad.

Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹⁰⁷⁰, Ley de Medidas de 1998, vuelve a modificar los citados preceptos del art. 7 LGSS, e indica en el apartado 1º qué actividad profesional permitirá al extranjero acceder a las prestaciones de Seguridad Social¹⁰⁷¹ y, en el apartado 5º se refiere a los derechos de los extranjeros a la prestación contributiva, manteniéndose la distinción entre los ciudadanos de países vinculados con España y el resto.

En relación a los extranjeros también el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero¹⁰⁷², Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores, establece que, “a 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 equiparan 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 que sea legal o reglamentariamente exigible. Para tal inclusión, las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de

disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.”

¹⁰⁷⁰ BOE de 31 de diciembre de 1997. RCL\1997\3106

¹⁰⁷¹ Art. 7. LGSS “1. Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) Trabajadores por cuenta ajena... b) trabajadores por cuenta propia o autónomos... c) Socios trabajadores de cooperativas...”

¹⁰⁷² RCL\1996\673

aplicación la normativa comunitaria, de la correspondiente autorización para trabajar o del documento que acredite la excepción de la obligación de obtenerla, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles.”

En consecuencia, el acceso del extranjero al sistema de Seguridad Social se condiciona a la residencia y trabajo legal y/o regular.¹⁰⁷³

2.4.2.3. La Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular: su exclusión del Sistema de Seguridad Social vs el acceso a prestaciones

Es bien conocido la disparidad de criterios que se siguen suscitando en relación al derecho a prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros, especialmente, los que se encuentran en situación irregular, y, en caso de ser objeto de protección, hasta dónde alcanza ésta.

Como hemos tenido ocasión de analizar, la mayor novedad y trascendencia en la que incide la nueva redacción del art. 36.5 de la LO 4/2000, en la versión de 2009, es la que se refiere a los efectos que produce la carencia de la autorización de residencia y trabajo, no solo respecto a las responsabilidades del empresario, en forma de sanciones por la comisión de las correspondientes infracciones, entre las que se encuentran las de Seguridad Social, sino sobre todo a las consecuencias que conlleva esa omisión desde el punto de vista del trabajador extranjero¹⁰⁷⁴. Por lo que no supone la prohibición del ejercicio de determinados derechos que, por su naturaleza se consideran inherentes a la dignidad humana.

¹⁰⁷³MORENO PUEYO, M.; “Extranjeros inmigrantes y seguridad social española”. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos. Núm. 45/2004, p. 134.

¹⁰⁷⁴ Relevancia de la Seguridad Social en la regulación jurídica del trabajo de extranjeros, según la Reforma-2009 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero. pp. 9-10

Los derechos de los extranjeros en materia de Seguridad Social vienen recogidos en el art. 10.1 LOEx al establecer que los extranjeros residentes tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, conforme a la legislación vigente.

Este precepto se debe poner en conexión con el art. 14 LOEx, según el cual, los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, y tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles.

Señala, además, que los extranjeros con discapacidad y menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, los servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. Igual ocurre con el derecho de los trabajadores menores de dieciséis años respecto a las prestaciones de asistencia sanitaria, aunque no hayan sido dados de alta ni cotizado a la Seguridad Social.¹⁰⁷⁵

Así, el art. 14.1 LO 2/2009 reconoce el derecho de los extranjeros que “residan” en nuestro país a los servicios y prestaciones de Seguridad Social, y a los servicios y prestaciones básicas, cualquiera que sea su situación administrativa¹⁰⁷⁶.

Al igual que antes de la reforma, la carencia de la autorización de residencia y trabajo (antes sólo trabajo) “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las

¹⁰⁷⁵ Art. 10 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que dicta normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad. Derogado recientemente por la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. BOE de 29 de julio de 2015. Y art. 14.2 LO 2/2009.

¹⁰⁷⁶ Art. 14.3 LO 2/2009.

prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”.¹⁰⁷⁷

Por lo que respecta a las prestaciones, con la nueva redacción se concretan un poco más los casos en que sería posible el acceso a las prestaciones, habida cuenta de la dispersa doctrina judicial que tenía que aplicar una frase tan difusa como la que señalaba el art. 36.3 LO 14/2003 referida a que la carencia de autorización por parte del empresario no “será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderles”. Con la nueva redacción, esta inconcreción se despeja al remitirse a los supuestos que establecen los convenios internacionales. No obstante debe señalarse que en la mayoría de los casos, nuestros tribunales interpretaron ampliamente la redacción anterior y otorgaron diversas prestaciones como veremos en el epígrafe siguiente.¹⁰⁷⁸

La cuestión que se plantea es si no siendo posible la incorporación del trabajador extranjero en el sistema de la Seguridad Social, por no encontrarse en posesión de la autorización de residencia y trabajo, tendría derecho a las prestaciones que dispensa la Seguridad Social.

La respuesta al interrogante, pasa por distinguir el origen de la contingencia concreta, pues si la misma deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, el trabajador extranjero no autorizado para trabajar accede a los derechos que se derivan de la relación laboral no autorizada. Por el contrario cuando el riesgo deriva de una contingencia común, no existe base jurídica suficiente para poder otorgar prestaciones contributivas de Seguridad Social.

En el marco de las contingencias profesionales rige, además, el principio de automaticidad de las prestaciones, en virtud del cual en el caso de

¹⁰⁷⁷ Art. 36.5 LO 2/2009.

¹⁰⁷⁸ Relevancia de la Seguridad Social en la regulación jurídica del trabajo de extranjeros, según la Reforma-2009 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, pp. 9-10

incumplimiento de las obligaciones del empresario para con el trabajador (alta en la Seguridad Social, cotización, etcétera) la entidad gestora anticipa el pago de la prestación, sin perjuicio de repercutir posteriormente contra el empresario infractor.¹⁰⁷⁹

Sin embargo, el 36 LO 2/2009, señala los límites de este derecho: 1. Las prestaciones tienen que ser compatibles con la situación jurídica del extranjero en nuestro país; 2. El reconocimiento de las prestaciones no supone la modificación administrativa del extranjero; y 3. Se excluye expresamente la protección por desempleo.

En consecuencia, el trabajador extranjero sin autorización administrativa tendrá derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de su actividad laboral, siendo el único responsable del abono de las mismas. O dicho de otra forma, no se podrá imputar ningún tipo de responsabilidad al Sistema español de Seguridad Social respecto a tales prestaciones, pues se reconoce el derecho a la obtención de prestaciones, pero en ningún caso, el acceso al Sistema de Seguridad Social.¹⁰⁸⁰

Para finalizar, debemos destacar que el derecho a las prestaciones de Seguridad Social del trabajador irregular ha experimentado avances y retrocesos significativos, sin una evolución lógica desde el retroceso al avance, como sí acontece a otros derechos sociales fundamentales¹⁰⁸¹

2.4.2.3.1. Los servicios y prestaciones sociales básicas derivadas del contrato de trabajo de extranjeros en situación irregular

Respecto a las prestaciones de Seguridad Social, los extranjeros en situación regular tienen reconocido el Derecho a la Seguridad Social, mientras

¹⁰⁷⁹ Art. 125.3 LGSS

¹⁰⁸⁰ MORENO PUEYO, ESTUDIOS FINANCIEROS.... P. 143

¹⁰⁸¹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes. Comares. Granada, p. 273.

que los que se encuentren en situación irregular tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas conforme al art. 14 LO 2/2009¹⁰⁸².

a) Postura del Tribunal Constitucional

Las importantes SSTC 236/2007, de 7 de noviembre¹⁰⁸³ y 259/2007¹⁰⁸⁴, de 19 de diciembre, establecen que “el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 36 de la misma LO 4/2000 (...) sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero (...). Con tal declaración pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, careciendo de autorización administrativa, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en función de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador...”.

Con la LO 2/2009, se da una nueva redacción al art. 36, de manera que no se invalida el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero en situación irregular respecto de los derechos y las prestaciones que pudieran corresponderle; la norma indica que serán las prestaciones que contemplen los convenios internacionales de protección de los trabajadores o las que se reconozcan siempre y cuando sean compatibles con su situación.

¹⁰⁸² Artículo 14. LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. "1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas."

¹⁰⁸³ RTC/2007/236.

¹⁰⁸⁴ RTC/2007/259.

Entre las prestaciones no se reconoce la de desempleo. Se especifica, además, que el hecho de conceder una prestación no supone una modificación de la situación administrativa del extranjero.

Esta línea de pensamiento mantenida por la doctrina del TC en esta materia, tiene un carácter progresista desde el punto de vista del Estado Social de Derecho y resulta acorde con lo dispuesto en el texto constitucional y en consonancia y armonía con la normativa a nivel internacional –proclive al establecimiento de un estándar mínimo de derechos para los extranjeros con indiferencia de su situación administrativa en España-. En tal sentido el TC considera, y así lo ha hecho constar en numerosos pronunciamientos, que existe un haz de derechos fundamentales que son inherentes a la persona y a la dignidad humana, lo que va a suponer que no puedan ser limitados ni condicionados significativamente por ningún tipo de requisito administrativo. Otorga a tales derechos un carácter más universalista y contribuye así, positivamente, al establecimiento de un adecuado estatuto básico de los extranjeros en España¹⁰⁸⁵.

El TC entiende que, en la actualidad, el derecho al trabajo es un derecho social de integración de los inmigrantes.¹⁰⁸⁶

Desde un punto de vista más jurídico-material, tanto los derechos civiles y políticos (derecho de libertad), como la igualdad o seguridad que garantizan los derechos sociales (derechos de igualdad), no se hallan en posición jurídica de conflicto, pues la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad esencial la incorporación de los derechos sociales en la CE, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran,

¹⁰⁸⁵ AMAADACHOU KADDUR, F.; “Tratamiento jurídico de la inmigración ilegal en España”. Aranzadi Social nº 2/2011, Aranzadi. Pamplona. 2011.

¹⁰⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre”. Aranzadi Social, n. 19/2010. Pamplona. 2010, p. 11.

aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos¹⁰⁸⁷.

Las trabas para la entrada de inmigrantes por la vía “regular” son absolutamente evidentes, cuestión que sin duda estimula la vía de la irregularidad para entrar en el mercado de trabajo español. Consciente de esta realidad la LO 4/2000 introdujo un “principio de realidad”, mantenido en la actualidad en el art. 36.5 LO 2/2009, con efectos tanto sobre los derechos derivados del contrato como, de manera más restrictiva, sobre los relacionados con la Seguridad Social.¹⁰⁸⁸

En todo caso, se han introducido en la LO 4/2000 por medio de la última reforma unos derechos sociales. Sin embargo, se han venido produciendo sucesivas reformas legislativas que restringen los derechos de los trabajadores inmigrantes irregulares (como el caso de la denegación de la prestación por desempleo art. 36.2 LO 2/2009, además de la limitación de la asistencia sanitaria que tendremos ocasión de ver en capítulos posteriores)¹⁰⁸⁹

En definitiva, las sucesivas reformas legislativas han ido restringiendo los derechos de los trabajadores en situación irregular¹⁰⁹⁰, como por ejemplo, con la denegación de la prestación por desempleo o la limitación de la asistencia sanitaria como veremos en capítulos posteriores.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.; “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n. 34/2013. Lex Nova. 2013.

¹⁰⁸⁸ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.; “Crisis económica y derecho al trabajo de los inmigrantes: la evidencia de una insuficiencia normativa”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n. 33/2013. Lex Nova. Valladolid. 2013, p. 7.

¹⁰⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.; “Las políticas de inmigración: la construcción...”, op. cit.,

¹⁰⁹⁰ AMAADACHOU KADDUR, F.; “Tratamiento jurídico de la inmigración ilegal en España”. Aranzadi Social nº 2/2011, Aranzadi. Pamplona. 2011.

¹⁰⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, A. L.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”. Revista Doctrinal Aranzadi Social. N. 20/2010. Parte Estudio. Aranzadi. Pamplona. 2010, p. 13.

b) Postura del Tribunal Supremo

Tras la postura del TC se podría llegar a pensar que los extranjeros en situación irregular disfrutaban de igualdad de trato con los españoles a efectos laborales y de Seguridad Social. Sin embargo, la STS de 18 de marzo de 2008, supone un punto de inflexión a esta corriente, pues aunque sigue defendiendo la validez del contrato excluye, como regla general, al extranjero irregular del sistema de protección de la Seguridad Social¹⁰⁹². Ahora existe, por tanto, un criterio ciertamente restrictivo¹⁰⁹³ y nada favorecedor de los intereses de los inmigrantes que se encuentren en situación irregular en nuestro país¹⁰⁹⁴, pero que va en consonancia con lo que disponía el Anteproyecto de reforma de la Ley de Extranjería, que más tarde se plasmaría en el nuevo art. 36.5 LO 2/2009 el cual acoge la mencionada doctrina del Tribunal Supremo y establece que el trabajador que carezca de la autorización de residencia y trabajo no podrá acceder a la prestación por desempleo¹⁰⁹⁵.

En la Sentencia mencionada se plantea si el trabajador extranjero que carece de permiso de residencia y de autorización de trabajo, tiene derecho a inscribirse como demandante de empleo y así recibir la prestación de desempleo por el tiempo trabajado¹⁰⁹⁶. Se pretende unificar doctrina sobre la base de la existencia de dos sentencias opuestas y contradictorias, una que sostiene que no tendría derecho a la protección por desempleo¹⁰⁹⁷, y la otra que afirma lo contrario.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹² RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; "Extranjeros en situación irregular...", op. cit., p. 515.

¹⁰⁹³ CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N.; Tratamiento Jurídico de la Inmigración. Bomarzo. Albacete. 2008, p. 268.

¹⁰⁹⁴ ORTEGA GIMÉNEZ, A.; "El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008". Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 764. 2008.

¹⁰⁹⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, A.; "La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTS de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008". Aranzadi Social n. 21/2008.

¹⁰⁹⁶ FJ primero

¹⁰⁹⁷ STSJ Madrid de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,159275)

¹⁰⁹⁸ STSJ Castilla y León en Valladolid de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3387). En el mismo sentido la STSJ País Vasco, AS 2007\900 reconoció la prestación por desempleo a un trabajador en situación irregular.

La STS de 2008 afirma que, “no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx (...) tampoco prevé ese derecho, (...) la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de Seguridad Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.”¹⁰⁹⁹

El Tribunal realiza esta distinción al establecer que “no es lógico reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.”¹¹⁰⁰ Por lo que concluye que, “la prestación por desempleo, sólo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular.”¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁹ Véase FJ séptimo. STS de 18 de marzo de 2008. RJ 2008\2065.

¹¹⁰⁰ Véase FJ quinto. STS de 18 de marzo de 2008. RJ 2008\2065.

¹¹⁰¹ Véase FJ décimo STS 18 de marzo de 2008. RJ 2008/2065. Existe abundante doctrina sobre la misma, ALFONSO MELLADO, C.L.; La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados a trabajar. RDS, nº 43, 2008. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J.; Prestaciones de Seguridad Social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular. TL, nº 97, 2008. CARRASCOSA BERMEJO, D.; Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (TS 18-3-2008, REC 800/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RD Ley 4/2008); en SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008, pp. 135 y ss. CARRASCOSA BERMEJO, D. y CHARRO BAENA, P.; “El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 18, 2008.

La STS de 12 de noviembre de 2008¹¹⁰², sigue la línea de la anterior, denegando el derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero irregular.

La última reforma de la Ley de Extranjería¹¹⁰³ añade un nuevo párrafo al art. 36 y establece que, “Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.”¹¹⁰⁴

2.4.2.3.2. Prestaciones derivadas de contingencias profesionales

Tradicionalmente se ha reconocido la prestación derivada de accidente de trabajo al extranjero que no se encuentra en situación de alta o, dicho de otra manera, por incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones frente a la Seguridad Social.¹¹⁰⁵ En esta materia resulta significativa la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2006¹¹⁰⁶, en la que el INSS reconoció a un trabajador extranjero una prestación de gran invalidez derivada de accidente de trabajo. El actor bajo la afiliación de Íñigo, ciudadano portugués, en realidad se llamaba Plácido y era natural de Guinea Bissau y se encontraba en nuestro país sin permiso de trabajo y residencia.

El Tribunal entendía que de la regulación entonces vigente no cabía duda que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado para trabajar en España no

CHARRO BAENA, P.; “Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo”. Aranzadi Social, 13/2009. ORTEGA GIMÉNEZ, A.; “El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008”. Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 764. 2008. TRIGUERO MARTÍNEZ, A.; “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTS de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008”. Aranzadi Social n. 21/2008.

¹¹⁰² RJ 2008/5970

¹¹⁰³ LO 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹¹⁰⁴ Art. 36.5. LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹¹⁰⁵ SSTS de 27 diciembre 1994 RJ 1994\10509; de 11 diciembre 1995 RJ 1995\9087 y de 24 mayo 1996 RJ 1996\4616.

¹¹⁰⁶ AS\2007\1561.

era nulo y que si sufría un accidente de trabajo se ostentaba el derecho a las correspondientes prestaciones de seguridad Social con fundamento tanto en el art. 36.3 en la redacción dada por la LO 14/2003¹¹⁰⁷, como en la STS de 9 de junio de 2003¹¹⁰⁸ dictada en unificación de doctrina¹¹⁰⁹.

No existe, pues, precepto que excluya la prestación derivada de accidente de trabajo cuando el trabajador no se encuentre de alta en la Seguridad Social.

Es más, el art. 57 de la LO 4/2000, en su reforma por la LO 8/2000, dispone que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a “los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como a los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.”

Se pone de relieve con este precepto que el extranjero sin documentación recibe una protección legal como consecuencia de accidente de trabajo.

¹¹⁰⁷Art. 36 LO 14/2003 Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. “3. Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se/ refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas 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.”

¹¹⁰⁸RJ\2003\3936

¹¹⁰⁹Véase FJ tercero STS de 9 junio 2003 RJ\2003\3936 “Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por trabajador que no se hallaba en situación de alta. Las sentencias de 27 de diciembre de 1994, 18 de mayo de 1995, 11 de diciembre de 1995 y 24 de mayo de 1996, partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones, del actual art. 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social (95.3 del Texto de 1974) declararon la responsabilidad directa de la empresa, obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias de Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería. El precepto de referencia establece que «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo... aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones.”

Sin embargo, debemos destacar que el accidente sobre el que se pronuncia la STS de 9 de junio de 2003, se produce en 1997 y la resolución administrativa que reconoce la gran invalidez es de 1999. Por lo tanto, antes de la entrada en vigor de la LO 4/2000. Y como muy bien expone el Tribunal, de la normativa vigente en esa fecha tampoco se extrae que no tenga derecho a protección¹¹¹⁰.

Por otra parte, el convenio n. 19 de la OIT establecía en su artículo 1, la obligación de todo miembro que hubiera ratificado el convenio de “conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo”; añade su apartado 2 que “esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia”.

Con lo cual, el principio de igualdad de trato no se encontraba condicionado a la residencia o situación administrativa.

Asimismo, como ya dijimos supra, el artículo 1.4 b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, disponía que la reciprocidad debe entenderse reconocida “en todo caso”, respecto a las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional¹¹¹¹.

¹¹¹⁰ Recuérdese que la STS de 28 de mayo de 1991, RJ 1991/4215, expuso que la posible nulidad del contrato de trabajo por la falta de permiso, el trabajador podía exigir la remuneración correspondiente a un contrato válido con el fin de evitar el enriquecimiento injusto del empresario. En el mismo sentido la STS de 21 de diciembre de 1994, RJ 1994\10349, mantuvo que la técnica autorizadora no suponía una imposibilidad absoluta para trabajar.

¹¹¹¹ Art. 1. 4 Orden de 28 de diciembre 1966 - RCL\1966\2404 “b) Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.”

De igual manera se manifestaba el artículo 10.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que regulaba las prestaciones y ordenación de servicios médicos de la asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social¹¹¹².

Todos estos argumentos dejaban patente la especial protección y tratamiento que merecen las contingencias profesionales, en la medida en que sean directamente atribuibles a la actuación del empresario en la relación de prestación de servicios mantenida con el trabajador extranjero en situación irregular.¹¹¹³

Por lo que, en definitiva, el extranjero sin permiso de trabajo que sufre un accidente de trabajo en nuestro país ostenta derecho a la prestación que corresponda tanto antes como después de la vigente LO 4/2000.¹¹¹⁴ Sin perjuicio claro está del castigo que por vía penal pueda conllevar esa actitud al empresario.

¹¹¹² RCL\1967\22363. Art. 10.3 “Aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal, la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, aun en el caso de tratarse de un menor de catorce años, tendrá derecho a la asistencia sanitaria.

¹¹¹³ Véase FJ sexto STSJ de Cataluña de 15 noviembre de 2006, AS\2007\1561.

¹¹¹⁴ Y ello a pesar del error padecido inicialmente por el INSS debido a la suplantación de personalidad al entender que era un ciudadano de la Unión Europea, cuando en realidad se trataba de un trabajador ilegal de Guinea Bissau. Respecto a las prestaciones de Seguridad Social, en opinión de RODRÍGUEZ CARDO: el TS al establecer que el contrato de trabajo celebrado con un extranjero en situación irregular no es nulo, podría haber derivado en multitud de consecuencias, aunque como se verá el sistema de Seguridad Social se extendería sólo, en caso de los extranjeros irregulares, al campo de los riesgos profesionales; RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; “Extranjeros en situación irregular...”, op. cit., p. 514. Las SSTs de 9 de junio de 2003, RJ 2003\3936, y de 29 de septiembre de 2003, RJ 2003/7446, señalan expresamente que “el contrato de trabajo de un extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.” En el mismo sentido la STS de 7 octubre 2003, cuya opinión del Tribunal es que “el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo”.

TÍTULO IV EL DERECHO A LA SALUD Y A LA ASISTENCIA SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

El presente capítulo se centra en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en el caso de los extranjeros, en general, y de los irregulares en particular, entendido este derecho como el conjunto de prestaciones de carácter médico y farmacéutico de carácter público.

El estudio de esta materia nos obligará a analizar la situación actual y la aplicación del principio de universalidad del derecho a la salud.

La Constitución Española y las leyes que la desarrollan garantizan a las personas que residen en España el derecho a la asistencia sanitaria en sus niveles primarios, especializados, hospitalarios y de urgencias¹¹¹⁵. Estas prestaciones, fuera de los casos que son comunes a nacionales y extranjeros tienen una graduación diferente según los extranjeros sean: ciudadanos de la Unión Europea; extranjeros residentes regulares, irregulares, asilados o refugiados. Asimismo, por razón de la protección a la que España está obligada por sus compromisos internacionales y por las leyes que la regulan, hay una especial protección a los sectores más vulnerables de la población extranjera como son los menores y las mujeres embarazadas.

Por otra parte, se han de tener en cuenta los Tratados Internacionales que en materia de asistencia sanitaria y seguridad social están vigentes entre el Estado español y el país de origen o de procedencia del extranjero, sea cual sea su situación en el territorio español ya que, normalmente, se aplica el

¹¹¹⁵ Arts. 43 CE y 12 LO 2/2009.

criterio de reciprocidad, es decir, “yo trataré a tus nacionales como tú trates a los míos”.

Recordemos que los ciudadanos europeos, en virtud del Derecho de la Unión y, aquellos extranjeros a los que les afectan acuerdos bilaterales o multilaterales que España tiene firmados y que les otorgan unas mejores condiciones de la protección sanitaria en el seno del Estado español, no se les aplica las previsiones contenidas en este capítulo.

Tampoco se contemplan las situaciones en las que los extranjeros estén en territorio español en calidad de turistas, transeúntes o trabajadores amparados por seguros médicos privados, voluntariamente concertados u, obligatoriamente contratados por el interesado que sean necesarios para la concesión de permisos de residencia o de trabajo en España o en el territorio de la Unión.

Una vez hechas estas precisiones sobre el ámbito subjetivo de estudio, abordaremos el alcance de los derechos sanitarios de los que goza la población extranjera según su residencia regular o irregular, condición de asilado o refugiado, edad o mujer embarazada.

1.1. La asistencia sanitaria como derecho fundamental y universal

El derecho a la protección de la salud viene recogido en el art. 43 por nuestra norma suprema como uno de los derechos y deberes fundamentales de todos los ciudadanos¹¹¹⁶, de donde se extrae la idea de la universalización de la asistencia sanitaria, pues la CE no vincula este derecho a ninguna condición.

¹¹¹⁶ Art. 43 CE. "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."

Se configura como un derecho de la personalidad, que desarrolla un papel complementario respecto al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, consagrados en el artículo 15 de la Constitución¹¹¹⁷. Se vincula asimismo, con el valor constitucional de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 de nuestra norma fundamental, siendo tal derecho una condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.¹¹¹⁸

No obstante, por su ubicación en la CE, el art. 43 es un mero principio informador o rector de la política social, que reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública por medio de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios¹¹¹⁹

En consecuencia, del art. 43 se extrae un mandato a los poderes públicos para que instauren un servicio público de asistencia sanitaria que acoja a toda la población sin diferencias o exclusiones. Así, se instrumenta el derecho a la protección de la salud como un típico derecho de prestación de los que configuran el Estado social, que arrastra una actividad asistencial frente a la enfermedad. Este derecho, al estar incluido entre los principios rectores de la política social y económica, no puede catalogarse como un derecho subjetivo perfecto, pero el precepto constitucional que lo recoge tiene el carácter de norma jurídica y como tal informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, que quedan obligados a realizar las actuaciones precisas para hacerlo efectivo en todos sus contenidos entre ellos, el de la universalidad de la asistencia sanitaria pública.

¹¹¹⁷ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”. Relaciones Laborales. 1/2001, p. 370.

¹¹¹⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros en España”. Aranzadi Social num. 21/2001 parte Estudio. Aranzadi. Pamplona. 2001, pp. 8-9; MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1194

¹¹¹⁹ AA.VV.; CAMPO CABAL, J. M. (Coord.); Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000). Civitas. Madrid. 2001, p. 110.

Así, fiel a este mandato, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, (en adelante LGS)¹¹²⁰, sentó las bases para la universalización de la asistencia sanitaria¹¹²¹. Este principio supone que los titulares de la protección de la salud serán todos los individuos, es decir, todas las personas, las cuales tienen derecho a acceder a las acciones sanitarias de tutela de la salud sin necesidad de ostentar ningún título jurídico especial, por tanto, por la sola condición de persona.¹¹²²

1.2. La inclusión de la Asistencia Sanitaria en el Sistema de Seguridad Social

La protección de la salud se refiere a la asistencia sanitaria, entendida como una prestación incluida en el sistema de Seguridad Social, conforme al art. 38.1.a) LGSS¹¹²³. Por su parte, el art. 9 LGS señala que, en base a criterios de financiación y acogiendo la prestación en su ámbito asistencial para personas sin recursos económicos aparece igualmente en la LGS.¹¹²⁴

¹¹²⁰BOE de 29 de abril de 1986.

¹¹²¹ Así lo ha venido entendiendo la doctrina científica. Por toda, GARRIDO FALLA, F.; COMENTARIO AL ARTÍCULO 43. En Comentarios a la Constitución, Civitas, Segunda Edición, 1985, p. 789; DE LA QUADRA-SALCEDO, T.; "Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud", en La reforma del Sistema Nacional de Salud, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 17 y ss.; y PEMÁN GAVÍN, J.; ASISTENCIA SANITARIA Y SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD, Comares, Granada, 2005, pp. 14 y ss. Sin dejar atrás lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 35 "Protección de la salud. Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

¹¹²² MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1196.

¹¹²³ Art. 38.1.a) LGSS "La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo."

¹¹²⁴ Art. 9 LGS: El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales. SERRANO ARGÜELLO, N.; El reconocimiento del derecho a la Asistencia Sanitaria a los extranjeros. La nueva perspectiva de la Ley de Extranjería. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II. Gobierno de Cantabria. Santander, 2003, p. 1391. En palabras de SALINAS CGPJ. P. 106, "es dable interpretar que evidencia su conceptualización como una medida conectada al derecho a la salud"

El TC dispone que se tiende a separar del sistema de Seguridad Social a la asistencia sanitaria y a ubicarla como un derecho general a la salud¹¹²⁵. La justificación es que al estar financiada a través de los Presupuestos Generales del Estado y no por las cotizaciones de empresarios y trabajadores, no se podría considerar como Seguridad Social. En opinión de FERNÁNDEZ ORRICO, estos argumentos no parecen sostenibles, pues se entiende que la naturaleza de la prestación, en el presente caso, la asistencia sanitaria, no se encuentra en su forma de financiación, ni depende de la procedencia de los recursos, según el organismo que los otorga¹¹²⁶. Así, en el caso de las pensiones no contributivas, éstas se financian a través de los Presupuestos del Estado, y no por ello dejan de ser materia de Seguridad Social. Con base en tal argumento no se entiende, por tanto, la necesidad de separar a la asistencia sanitaria del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.¹¹²⁷

1.3. La regulación legal del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España

1.3.1. Primera fase: 1985-2000. La limitación del derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación regular en España

El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros ha sido una de las reivindicaciones más antiguas de las entidades defensoras de los derechos de los inmigrantes.¹¹²⁸

¹¹²⁵STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero. Recursos de inconstitucionalidad 542/1988 y 573/1989 (acumulados). Promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con determinados preceptos y partidas presupuestarias de las Leyes 33/1987, de 23 de diciembre y 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989, respectivamente. BOE de 3 de marzo de 1992, páginas 2 a 29 (28 págs.) En ese sentido, el TC ha negado que la facultad de gasto público sea un título legitimador de la competencia (SSTC 147/1986, RTC 1986, 147, F.J. 3º y 13/1992, de 6 de febrero, RTC 1992, 13, F. J. 4º), ya que el hecho de invertir fondos propios en una actividad no es título competencial propio, ni el solo hecho de financiar puede erigirse en algo que atraiga hacia sí la competencia (STC 144/1985, de 25 de octubre, RTC 1985, 144, F. J. 4º).

¹¹²⁶ FERNANDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros...”, op. cit., p. 8.

¹¹²⁷ FERNANDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros...”, op. cit., p. 8, que señala que actualmente, si nos preguntamos donde se encuentra la Seguridad Social, la mayoría entendemos que se refiere a los hospitales y ambulatorios de aquella, pese a que las competencias en esta materia se encuentren transferidas.

¹¹²⁸ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 78.

La LO 7/1985, mantenía silencio absoluto en relación a este tema. Causaba sorpresa que la LO 7/1985 no contemplara particularidad alguna sobre tal derecho, aunque al estar incluido entre los derechos del Título I de la CE, se entendía que los extranjeros gozaban del mismo según el art. 4 de la LO 7/1985.¹¹²⁹ En cambio el RD 155/1996¹¹³⁰, establecía que “los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia.”

La aprobación de la LGS supuso un salto cualitativo en este punto, si bien sólo ampliaba la cobertura para los extranjeros con residencia y autorización de trabajo ya que sólo ellos podían estar afiliados al sistema público de protección.¹¹³¹

De no acceder a la asistencia sanitaria desde uno de los regímenes de Seguridad Social o por cualquier otra vía de inclusión, los extranjeros residentes, aun sin recursos económicos suficientes, así como los extranjeros no residentes, que permanecían en situación irregular en España, no se beneficiaban de la prestación de asistencia sanitaria, circunstancia que conducía a la aplicación del art. 16.3 LGS, que los consideraba pacientes privados con obligación de abonar el coste del servicio médico recibido.¹¹³²

Dicha exigencia de pago devenía en numerosos supuestos infructuosa, dada la insolvencia del migrante u obligaba a este colectivo, en otros casos, a recorrer

¹¹²⁹ Artículo cuarto. LO 7/1985. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. 2. Los extranjeros que, por su residencia o interés, se relacionen con España deberán cumplir los requisitos de identificación que se determinen y estarán sujetos a los deberes, obligaciones y cargas impuestos por el ordenamiento jurídico, con excepción de los que correspondan exclusivamente a los españoles.

¹¹³⁰ Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. (Vigente hasta el 1 de agosto de 2001)

¹¹³¹ DE VAL TENA, A. L.; El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud. En AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003, pp. 1425-1426. Por todas, STS de 21 de marzo de 1997, RJ 1997/3391.

¹¹³² DE VAL TENA, A. L.; El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección..., op. cit., p. 1426.

un desagradable camino a través de trabajadores sociales y organizaciones no gubernamentales para justificar, con informes socioeconómicos, la escasez de medios para hacer frente al pago de las facturas médicas¹¹³³.

En definitiva, durante esta fase sólo los extranjeros en situación regular podían disfrutar de asistencia sanitaria.¹¹³⁴

1.3.2. Segunda fase: 2000-2009 La extensión del derecho de Asistencia Sanitaria a los extranjeros en situación irregular

El art. 12 LO 4/2000, no modificado ni por la LO 8/2000 ni por la LO 14/2003, supuso un gran cambio respecto a la anterior legislación, pues regula el derecho a la Asistencia Sanitaria expresamente y de forma independiente de la Seguridad Social.¹¹³⁵ Extiende, además, este derecho a los extranjeros irregular en determinados supuestos.¹¹³⁶

No debe sorprender el mantenimiento inmodificado de la LO 4/2000, por la LO 8/2000, pues se recogía la misma versión que se encontraba vigente. Sin embargo, esta continuidad resulta llamativa y, en cualquier caso problemática, si se observa que este precepto introduce una radical novedad respecto a la regulación precedente en relación a la cuestión, que es la atribución de consecuencias jurídicas sustanciales al empadronamiento del inmigrante.¹¹³⁷

¹¹³³ MERCADER UGUINA, J. R.; El Derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios. En AA.VV.; Movimientos migratorios y derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2004, p. 213.

¹¹³⁴ Art. 1 LGS “2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.”

¹¹³⁵ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 184.

¹¹³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; La Protección de Seguridad Social a los Alógenos. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Extranjeros en España. Régimen jurídico. Laborum. Murcia. 2001, p. 124.

¹¹³⁷ MOLINA NAVARRETE, C.; Derecho a la asistencia sanitaria..., op. cit., pp. 232-233.

1.3.2.1. El empadronamiento municipal

Según el art. 12 LO 4/2000, “1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.”

Si ponemos en conexión este precepto con los arts. 10.1 y 14.1 LO 4/2000, que reconocen el derecho a la Seguridad Social, tanto a nivel contributivo, como en el no contributivo, a los extranjeros que se encuentren en situación regular, y con el art. 1.2 LGS que establece el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los españoles y ciudadanos extranjeros que residan de forma legal en España, podemos concluir que el art. 12 LO 4/2000 al recoger “extranjeros que se encuentren en España”, se está refiriendo a los que, con independencia de su situación administrativa en supuestos excepcionales, quedan protegidos por el sistema sanitario español. Pues el supuesto normal que es encontrarse en situación de regularidad, viene ya establecido por los arts. 10.1 y 14.1 LO 4/2000, y por el art. 12 LGS, donde no se requiere el empadronamiento para poder recibir la prestación de asistencia sanitaria, al igual que ocurre con los españoles.¹¹³⁸

¹¹³⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 184.

Este art. 12 LO 4/2000 permitía, pues, la protección de los extranjeros en situación irregular en España¹¹³⁹. Así, según este precepto los extranjeros empadronados¹¹⁴⁰ en el padrón del municipio en el que residan habitualmente tendrán derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles.”

Esta norma supuso una novedad de máxima relevancia, pues deja atrás radicalmente el requisito tradicional de la residencia legal.¹¹⁴¹

De tal modo que la garantía de transparencia respecto a la población efectiva de un municipio, se convertirá, en base a la ley, en un presupuesto habilitante para el disfrute del derecho social a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles, con objeto de conciliar la protección frente a las necesidades asistenciales garantizadas por este derecho de la persona, que llevaría a expandir la tutela a todo sujeto que se halle en un territorio en

¹¹³⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria...”, op. cit., p. 358.

¹¹⁴⁰ Art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local “el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio”. De modo, que por el mero empadronamiento, los extranjeros se convierten en titulares del derecho a la misma asistencia sanitaria que cualquier español. Sin embargo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal, no constituye prueba de su residencia legal en España, como previene el art. 18.2 de la citada Ley de Bases de Régimen Local. Son dos cuestiones que de momento se encuentran separadas: la exigencia de empadronarse a los nacionales y extranjeros que habitan en un municipio, y la residencia legal que se adquiere por otra vía.

¹¹⁴¹ Para LUJÁN ALCARÁZ, la piedra angular sobre el que descansa el Estatuto Jurídico de los extranjeros definidos en la LOE es la distinción entre entrada legal y entrada ilegal. Así, los extranjeros a los que se refiere en su Título I serán siempre los que, como señala el artículo 5 en relación al derecho a la libre circulación, se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la Ley. Como excepción a esta regla, pero que como tal viene a confirmarla, cabe la posibilidad de que expresamente la propia ley extienda el ámbito subjetivo de un determinado derecho a todo extranjero que se halle en nuestro país, cualquiera que sea su situación administrativa. Así ocurre cuando se trata del derecho a disfrutar de servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3) y cabría entender que también cuando se trata del derecho a la asistencia sanitaria de urgencia, asistencia sanitaria para menores de dieciocho años (art. 9.1). Además, es obvio, y sirve para apoyar esta última opinión, que todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación, gozan de los derechos que integran el “standard minimum” (vida e integridad física, libertad y seguridad), cuyo respeto se contempla sin ningún tipo de matización en las normas internacionales. LUJÁN ALCARÁZ, J.; “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72 y 209)” Revista Doctrinal Aranzadi Social vol.V parte Tribuna Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999. p. 8.

igualdad de trato respecto a las exigencias de control y racionalidad de todo servicio público universal¹¹⁴².

De modo que, por el mero empadronamiento, los extranjeros se convertían en titulares del derecho a la misma asistencia sanitaria que cualquier español¹¹⁴³ y, en instrumento de atribución de este importante derecho.¹¹⁴⁴

El empadronamiento se configuraba así como un mero requisito formal de control para evitar el abuso por parte de los extranjeros que pretendieran utilizar, sin justificación, los servicios sanitarios españoles en lugar de los de sus países de origen, dificultando en consecuencia, el juego de las normas internacionales sobre compensaciones y pagos diferidos de la asistencia sanitaria.

No obstante, algunas voces críticas cuestionaron el acierto de este requisito de control pues si la intención del legislador era extender el derecho de asistencia sanitaria a cualquier extranjero con independencia de su situación administrativa, entienden que no debería haberse hecho mediante este requisito. Para MERCADER UGUINA la inscripción en el Padrón no es la fórmula más apropiada para otorgar el derecho a la asistencia sanitaria pues, por un lado, no se trata de un acto administrativo idóneo para que deriven de él consecuencias jurídicas; y, por otro, porque supone un riesgo para los extranjeros irregulares dar a conocer sus circunstancias de irregularidad. La misión del padrón es constatar el hecho de la residencia, no controlar los

¹¹⁴² MOLINA NAVARRETE, C.; Derecho a la asistencia sanitaria..., op. cit., p. 234. Vid. Art. 35 Carta de los derechos Fundamentales de la UE, Niza 2000.

¹¹⁴³ FERNANDEZ ORRICO, F. J.; "La protección social de los extranjeros...", op. cit., p. 9. LUJAN ALCARAZ, El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72 y 209) José Luján Alcaraz. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social vol.V parte Tribuna Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999. P. 7

¹¹⁴⁴ MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., pp. 1202-1203, señalaba que dicho requisito era "llave de la diferencia". También BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A.; "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional". Justicia Laboral. Mayo, 2000. Lex Nova. Valladolid, 2000, p. 12, consideraban el padrón constituiría un requisito lógico para los extranjeros irregulares.

derechos de los residentes,¹¹⁴⁵ siendo, por tanto, una medida que no puede no ser del todo efectiva.¹¹⁴⁶

La Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) se modificó por la LO14/2003 y dispuso, en su art. 18.2, que “La inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España.”

En la práctica, la dificultad principal para disfrutar del derecho a la asistencia sanitaria deviene de los requisitos documentales para conceder la tarjeta sanitaria. La falta de criterios uniformes para el empadronamiento por los Ayuntamientos conlleva la exigencia de documentación distinta. Así el NIE, en posesión de los extranjeros con permisos, puede no exigirse, pero el pasaporte sí es documento necesario para el empadronamiento.¹¹⁴⁷ Igualmente el periodo de tiempo para expedir la tarjeta sanitaria, dificulta el acceso a la misma. Y resulta común que se deniegue la tarjeta sanitaria a quien no está en posesión del documento que la habilita.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁵ MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1203.

¹¹⁴⁶ FERNÁNDEZ COLLADOS, B., El estatuto jurídico..., op. cit., p. 175; FERNANDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros...”, op. cit., p. 9.

¹¹⁴⁷ ART. 16.2 LBRL “2. La inscripción en el Padrón municipal contendrá como obligatorios sólo los siguientes datos: a) Nombre y apellidos. b) Sexo. c) Domicilio habitual. d) Nacionalidad. e) Lugar y fecha de nacimiento. f) Número de documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros: – Número de la tarjeta de residencia en vigor, expedida por las autoridades españolas, o en su defecto, número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Estados a los que, en virtud de un convenio internacional se extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados. – Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados no comprendidos en el inciso anterior de este párrafo, salvo que, por virtud de Tratado o Acuerdo Internacional, disfruten de un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo con el municipio en el que se pretenda el empadronamiento, en cuyo caso, se exigirá el correspondiente visado. g) Certificado o título escolar o académico que se posea. h) Cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del Censo Electoral, siempre que se garantice el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.”

¹¹⁴⁸ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 81.

Además, con la reforma de la LO 14/2003, la “inactividad” del interesado para renovar la inscripción, cada dos años¹¹⁴⁹, podrá dar lugar a la declaración de caducidad del expediente sin necesidad de audiencia previa al extranjero, lo que, entendemos, podría suponer una discriminación respecto a los nacionales a los que no se les exige cumplimiento de plazo alguno¹¹⁵⁰.

Por otro lado, ha sido también objeto de reproche la DA 7ª LBRL que, tras la reforma operada por la LO 14/2003, establece que, “la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados. Con el fin de mantener actualizados los datos de inscripción padronal de extranjeros en los padrones municipales, la Dirección General de la Policía comunicará mensualmente al Instituto Nacional de Estadística, para el ejercicio de sus competencias, los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros”.

La exigencia de la inscripción en el Padrón del municipio para ejercer el derecho de asistencia sanitaria, solucionaba problemas primarios de salud¹¹⁵¹,

¹¹⁴⁹Art. 16.1 LRBL “La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente. El transcurso del plazo señalado en el párrafo anterior será causa para acordar la caducidad de las inscripciones que deban ser objeto de renovación periódica, siempre que el interesado no hubiese procedido a tal renovación. En este caso, la caducidad podrá declararse sin necesidad de audiencia previa del interesado.”

¹¹⁵⁰ ARANA GARCIA, E.; “La huida del Procedimiento Administrativo Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de extranjería”. Revista Española de Derecho Administrativo n. 121, 2004, p. 196.

¹¹⁵¹ Con el empadronamiento en el municipio de residencia habitual, para acceder al derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, el legislador intentó solucionar ciertos problemas de turismo sanitario e intercambio de tarjetas sanitarias entre extranjeros, el control de eventuales enfermedades que se «importaban» de otros países, el fallecimiento de algunas personas que no habían decidido acudir a las urgencias de un hospital o, lo contrario, la utilización de las urgencias hospitalarias para casos que no eran graves. En general, sobre

pero al mismo tiempo originaba ciertas dificultades a los inmigrantes irregulares, como el tener que cumplir y superar numerosos trámites burocráticos, con el añadido del desconocimiento del idioma; en ocasiones, el empadronamiento derivaba de la facultad de la Dirección General de la Policía para acceder a los datos que obraban en el Padrón¹¹⁵² y a obtener de ellos la información que podría serle útil para controlar y, en su caso, incoar un expediente de expulsión de los extranjeros irregulares.¹¹⁵³

estos aspectos, entre otros, ARBELÁEZ RUDAS, MÓNICA: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LOEX». En BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. Y MOYA, D. (Coords.): Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 110-112; ARBELÁEZ RUDAS, M. Y GARCÍA VÁZQUEZ, S.; «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes». En AJA, E. (Coord.): Los derechos de los inmigrantes en España, Valencia, 2009, pp. 444-448.

¹¹⁵² arts. 16.3 y Disposición adicional séptima de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local

¹¹⁵³ Sobre este tema, véase la STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento vasco, entre otras normas, contra el art. 16.3 y la Disposición adicional séptima de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, reformadas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Para el Parlamento vasco, la Disposición adicional séptima vulneraba el art. 18.4 CE, al permitir la utilización de los datos contenidos en el Padrón para fines distintos a los que se recogieron. Consideraba también la institución autonómica que la regulación del acceso a los datos era discriminatoria, ya que podía dar lugar a una limitación de los derechos reconocidos en la legislación de extranjería, en particular, del derecho a la asistencia sanitaria, que se vinculaba por el art. 12 LOEX a la previa inscripción en el Padrón. El Tribunal Constitucional reconocerá, sin embargo, que la Disposición adicional séptima no vulnera precepto constitucional alguno (FJ 9). En primer lugar, porque la facultad de la Dirección General de la Policía para acceder, vía telemática, a los datos de inscripción en el Padrón municipal (como cesionario), obedece a finalidades legítimas, «relacionadas con la ordenación de entrada y limitación de la residencia y trabajo para controlar adecuadamente los flujos migratorios y garantizar así el orden público interno...».

En segundo lugar, porque, teniendo en cuenta el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, el legislador «ha determinado quién y para qué se van a utilizar esos datos, los cuales son adecuados y necesarios para la finalidad perseguida, la gestión del sistema de control de entrada y permanencia de los extranjeros en España, a fin de evitar el fenómeno de la inmigración irregular». Para el Tribunal, el acceso a los datos por la Administración, regulado en la disposición cuestionada, resulta también proporcionado en relación con la finalidad perseguida, ya que está rodeado de unas garantías específicas, como la de motivar expresamente tanto la atribución concreta de la condición de usuario para acceder a los datos del Padrón como los accesos concretos de que se trate (motivación expresa susceptible de control judicial), evitando así accesos masivos e indiscriminados. Por lo que se refiere al hecho de que el legislador haya exigido la inscripción en el Padrón como una condición para el acceso a determinadas prestaciones, el Tribunal entiende que se trata de una manifestación de la facultad que tiene para establecer (con las limitaciones previstas en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3) diferencias de trato con los españoles en lo que respecta al ejercicio de determinados derechos, entre los que se encuentra el de acceso a las prestaciones sanitarias (STS 295/2000, de 2 de abril, FJ 3). En consecuencia, «no puede considerarse que una medida establecida para la consecución de finalidades constitucionalmente legítimas produce un efecto discriminatorio, siquiera de una forma indirecta» (FJ 9). Contra la decisión mayoritaria se formula un Voto particular por el magistrado Pablo Pérez Tremps, al que se adhieren las

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, la obligación de inscribirse en dicho registro administrativo ha permitido también a los Ayuntamientos conocer cuántas personas y en qué condiciones se encontraban en las localidades en las que vivían. Asimismo, con el empadronamiento se ha facilitado a las Administraciones Públicas competentes la distribución de la población por zonas para prestar los servicios de forma ordenada entre los diferentes centros (sanitarios o educativos). De ahí que la ley se refiriera también al Padrón del domicilio habitual.¹¹⁵⁴

Con dicha norma, el temor a la expulsión impedirá el empadronamiento.¹¹⁵⁵

1.3.2.2. El contenido y alcance del derecho de asistencia sanitaria

El art. 12.1 LO 4/2000 dispone que los extranjeros empadronados tendrán derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”.

magistradas Adela Asúa Batarrita, Encarnación Roca Trías y el magistrado Fernando Valdés Dal Ré. Comparto la tesis discrepante, que reside en la justificación de la medida limitadora y en su proporcionalidad. Se afirma que la indeterminación de la norma recurrida impide garantizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida. En este sentido, se citan algunos ejemplos de las indeterminaciones de que adolece la norma en relación con el sujeto habilitado para el acceso, con el objeto, la forma y las garantías del acceso. Estas indeterminaciones, que no se colman con la interpretación conforme que de la disposición impugnada se realiza en la sentencia, van en detrimento de la proporcionalidad de la medida y del mandato de predeterminación de las medidas limitativas de derechos fundamentales (FJ 3). En relación con el juicio de proporcionalidad, los magistrados disidentes estiman que no se han ponderado algunos elementos esenciales que, «de haber sido tenidos en consideración o, al menos no descartados expresamente, hubieran debido llevar a la declaración de la inconstitucionalidad del precepto». Así, la utilización de los datos del Padrón por la Dirección General de la Policía «como instrumento de control de flujos entra en abierta oposición con la finalidad del Padrón como registro administrativo que se constituye en condición para el ejercicio de derechos». Ambas finalidades son incompatibles (FJ 4).

¹¹⁵⁴ De acuerdo con lo previsto en la Ley 4/1996, de 10 de enero, que modifica los arts. 12 a 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. Cfr. sobre el particular, Arbeláez Rudas, Mónica: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria...», ob. cit., p. 111.

¹¹⁵⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria...”, op. cit., p. 387.

Al tratarse de extranjeros en situación irregular y tener el acceso prohibido al Régimen General de Seguridad Social, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social con la misma extensión, contenido y régimen que prevé la LGSS¹¹⁵⁶, es decir, de forma gratuita en los casos en que el extranjero carezca de recursos económicos suficientes conforme al Real Decreto 1088/1989¹¹⁵⁷. Este RD, que extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes¹¹⁵⁸ ha supuesto el mayor hito en el camino hacia la universalidad de las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social¹¹⁵⁹

El legislador ha considerado la protección a la salud como un derecho relacionado directamente con la dignidad de la persona, y pese a la existencia de extranjeros ilegales, ha querido reconocer el derecho a la asistencia sanitaria con la misma amplitud que a los nacionales, con la condición de que se inscriban en el Padrón municipal en que se encuentre el extranjero.¹¹⁶⁰

Los extranjeros deben acceder a la prestación por las mismas vías y requisitos que los españoles. Por lo que si no cumplen los requisitos exigidos, podrá recibir asistencia sanitaria, pero no con carácter gratuito. Sólo este puede ser el verdadero significado de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Resulta necesario subrayar lo anterior, pues este precepto establece la igualdad de trato, no el derecho absoluto de los extranjeros a la asistencia sanitaria, ya que si se afirmase lo segundo, resultaría que los extranjeros

¹¹⁵⁶ “Art. 98 LGSS Exclusiones. No darán lugar a inclusión en este Régimen General los siguientes trabajos: a) Los que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) Los que den lugar a la inclusión en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social.”

¹¹⁵⁷ Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. BOE de 9 de septiembre de 1989.

¹¹⁵⁸ Art.1. RD 1088/1989. “Se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional.”

¹¹⁵⁹ SERRANO ARGÜELLO, N.; El reconocimiento del derecho..., op. cit., p. 1400.

¹¹⁶⁰ En el mismo sentido, FERNANDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros...”, op. cit., p. 9.

estarían recibiendo un trato más favorable que los propios ciudadanos españoles.¹¹⁶¹

1.3.2.3. El supuesto de “accidente” o “enfermedad grave” en el caso de extranjeros no empadronados

Conforme al art. 12.2 LO 4/2000 los extranjeros que sin estar empadronados sufran un accidente o contraigan una enfermedad grave, tendrán derecho a “la asistencia sanitaria de urgencia” y a “la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”.¹¹⁶²

Esta disposición es coherente con el ordenamiento jurídico por la relación existente entre este derecho y el derecho a la vida e integridad física del art. 15 CE, y con lo dispuesto en el art. 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias¹¹⁶³, que establece que la atención médica urgente no podrá negarse por motivos de irregularidad.¹¹⁶⁴

La citada singularidad tiene su fundamento en el reconocimiento último de tal prestación como un derecho fundamental de la persona a la protección de la salud. Lo que no podría admitirse es un tratamiento más favorable para el extranjero, respecto del que correspondería a los españoles por alejarse de cualquier lógica jurídica.¹¹⁶⁵

¹¹⁶¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; La Protección de Seguridad Social..., op. cit., p. 124.

¹¹⁶² Art. 12 LO 2/2009. “1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.”

¹¹⁶³ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990

¹¹⁶⁴ Artículo 28 Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

¹¹⁶⁵ SERRANO ARGÜELLO, N.; El reconocimiento del derecho..., op. cit., p. 1405.

De una lectura detallada del art. 12.2 LO 4/2000, podría extraerse una situación discriminatoria a favor de los extranjeros y en perjuicio de los nacionales. Sin embargo, la realidad es que nos encontramos con una deficiente redacción técnica, otra de muchas, que se resolvería desde la obligada interpretación sistemática del precepto respecto al art. 31 LO 4/2000, es decir, el derecho a ejercitar los derechos reconocidos a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles¹¹⁶⁶.

La asistencia sanitaria de urgencia lo será siempre en caso de accidente, sea grave o no y cualquiera que sea su causa. Sin embargo, las enfermedades que requieran de asistencia sanitaria urgente debían ser graves.¹¹⁶⁷ En definitiva, las patologías y/o enfermedades que no puedan calificarse como graves, no estarán incluidas en la protección sanitaria dispensada de forma gratuita.¹¹⁶⁸

Pese a ello, el concepto de “urgencia” ha sido interpretado de manera laxa pues, en la práctica, los inmigrantes irregulares acuden a los servicios de urgencias por dolencias o enfermedades que no revisten gravedad. Ello se debe a que no se exige el carácter vital de la urgencia.¹¹⁶⁹

En definitiva, el concepto de “accidente” no necesita mayor precisión en este campo y equivale a cualquier daño sufrido por un agente externo¹¹⁷⁰, mientras que el concepto de “enfermedad grave” o “asistencia de urgencia”, son

¹¹⁶⁶ MOLINA NAVARRETE, C.; Derecho a la asistencia sanitaria..., op. cit., pp. 241-242. Una opinión en contra sería GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; La Protección de Seguridad Social..., op. cit., pp. 127-128, al establecer que, “una interpretación estrictamente literal de los arts. 12.2 y 12.4 LOEx, (derecho pleno y absoluto) supondría que los extranjeros se encuentran en mejor situación que los propios españoles, es decir, tal precepto va más allá del principio de igualdad de trato...”.

¹¹⁶⁷ Art. 12.2 LO 4/2000. KAHALE CARRILLO, D. T.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (RCL 2003, 2711)”. Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.6/2004 parte Comentario. Aranzadi. SA. Pamplona. 2004, p. 12.

¹¹⁶⁸ MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1206.

¹¹⁶⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria...”, op. cit., pp. 387-388. MOLINA NAVARRETE, C.; Derecho a la asistencia sanitaria..., op. cit., p. 240, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 82.

¹¹⁷⁰ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 82.

conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción parece corresponder al servicio de salud.¹¹⁷¹

1.3.3. Tercera fase: 2009-2012

Esta nueva y breve etapa aporta dos cuestiones de interés: por un lado, un cambio en el requisito del empadronamiento y, por otro, un nuevo entendimiento del concepto de enfermedad grave que permite a los extranjeros irregulares recibir asistencia sanitaria.

La importancia de esta etapa se manifiesta en que, desde 2009, los extranjeros irregulares tienen derecho a atención primaria y especializada.

1.3.3.1. La flexibilidad en el empadronamiento

El legislador es consciente de la desconfianza que el extranjero mayor de edad en situación irregular puede tener a la hora de inscribirse en el padrón, por ello no quiere dejar de cubrir aquellos supuestos extremos en los que el derecho a la vida y a la integridad física están en serio riesgo. De ahí que en tales casos sea irrelevante la situación administrativa del extranjero y, por tanto, no sea necesaria la residencia legal ni el empadronamiento.¹¹⁷²

El art. 12 apenas cambia con la LO 2/2009. El único requisito para reconocer a los extranjeros irregulares que viven en España el derecho a la asistencia sanitaria es que se encuentren empadronados en el municipio donde residan habitualmente.¹¹⁷³ Quedan exentos de cumplir con el requisito del

¹¹⁷¹ En el mismo sentido RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 34.

¹¹⁷² CAVAS MARTINEZ, F.; Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento. Thomson. Madrid. 2010, p. 12

¹¹⁷³ Art. 12.1 LO 2/2009

empadronamiento los menores de dieciocho años¹¹⁷⁴ y las extranjeras embarazadas¹¹⁷⁵, que, como veremos, tendrán asistencia sanitaria, en todo caso.

Ahora bien, la nueva redacción del art. 12.1 LO 2/2009, ofrece una sutil variación respecto de la anterior regulación pero resulta sustancial para reforzar el hecho de que el requisito para que un extranjero pueda disfrutar del derecho a la protección de la salud en igualdad de condiciones que los españoles, sea encontrarse empadronado en el lugar donde vive. Así, deberá empadronarse en el lugar “en el que tengan su domicilio habitual”, sin hacer referencia a la residencia regular en España. Es por ello que cuando se refiere al municipio donde el extranjero tenga su domicilio habitual, no significa que se esté haciendo referencia a la residencia habitual que requiere de la autorización administrativa para residir.

Una lectura del art. 12 junto con el punto VII de la Exposición de Motivos implica que para el ejercicio de los derechos de asistencia sanitaria por parte de los extranjeros no se debe exigir la residencia o estancia y, con ello, el legislador refuerza la idea de no condicionar el acceso a determinados derechos y, en concreto, el derecho a la asistencia sanitaria a la situación administrativa del extranjero.¹¹⁷⁶

1.3.3.2. El nuevo concepto de “enfermedad grave”

La nueva redacción del art. 12 LO 2/2009 establece que “Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”, en sustitución de la redacción anterior que establecía que “Los extranjeros que se

¹¹⁷⁴ Art. 12.3 LOEx

¹¹⁷⁵ Art. 12.4 LOEx

¹¹⁷⁶ BOZA MARTÍNEZ, DONAIRE VILLA y MOYA MALAPIEDRA, Comentarios a la Ley de Extranjería 2/2009. Tiran lo Blanch. Valencia. 2009, p. 112.

encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.”

Así, en la redacción anterior se aludía al derecho a la asistencia sanitaria “ante la contracción de enfermedades graves o accidentes”, pudiendo dar lugar a la limitación del derecho cuando la contracción de la enfermedad o la producción del accidente tuvieran lugar en un momento previo a la entrada del extranjero en España.¹¹⁷⁷ Ahora, desaparece esa ambigüedad.

El precepto sigue sin ser preciso ya que aunque mantiene el carácter grave de la enfermedad, no hace lo mismo con el accidente, y en ningún caso se exige que la urgencia se refiera a un riesgo inminente para la vida o no. En contraste con la normativa referente al reintegro de gastos médicos a los asegurados que recurren a un centro médico ajeno al sistema, en los que solo procede el reintegro por urgencia vital. Por tanto, la urgencia derivará de tratarse de una enfermedad grave (tanto si pelagra de forma inminente o no la vida del sujeto), o de un accidente cualquiera que sea la causa y que requiera asistencia médica urgente.¹¹⁷⁸

Esta generosa extensión del derecho, lleva a la doctrina a advertir que puede dar lugar a situaciones de turismo sanitario, en la que un sujeto que padezca una enfermedad grave acuda a nuestro país con el objeto de ser tratado de su dolencia, confiando en la sanidad española¹¹⁷⁹.

De una interpretación literal del precepto en cuestión puede derivarse una hipotética situación discriminatoria inversa, por la cual los españoles pueden verse desfavorecidos en la medida que éstos y los comunitarios sólo tendrán

¹¹⁷⁷ BOZA MARTÍNEZ, DONAIRE VILLA y MOYA MALAPIEDRA, Comentarios a la Ley de Extranjería..., op. cit. p. 113.

¹¹⁷⁸ MALDONADO MOLINA, J. A.; En AA.VV; Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada. 2010, p. 289

¹¹⁷⁹ MALDONADO MOLINA, J. A.; En AA.VV; Protección jurídico-social..., op. cit., p. 289

derecho a una prestación sanitaria gratuita cuando acrediten carencia de recursos y, en consecuencia, obligados al reembolso. En el caso de los extranjeros gozarán de plena gratuidad sin que una eventual falta de recursos derivara en el correspondiente reintegro.¹¹⁸⁰

Por otro lado, la garantía del derecho a la asistencia sanitaria de urgencias de manera universal y hasta el momento de alta médica a todos los extranjeros que se encuentren en territorio español, se refuerza y amplía en el caso de extranjeros incursos en procedimientos de expulsión y en supuestos de prórroga del plazo voluntario, de aplazamiento o de suspensión de la ejecución de la expulsión. En base a ello, el art. 64.2 LO 2/2009¹¹⁸¹ establece que se garantizará al extranjero “La prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades.”

1.3.4. Cuarta fase: 2012-2015 La condición de asegurado

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones¹¹⁸², ha modificado la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de las medidas más importantes que estableció era la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias.

A continuación examinaremos, por un lado, la constitucionalidad de la restricción por parte de la norma del citado derecho social en relación al colectivo de los inmigrantes irregulares basado en razones de carácter económico y, por otro lado, la reacción de las Comunidades Autónomas ante dicha norma.

¹¹⁸⁰ MOLINA NAVARRETE, C.; Derecho a la asistencia sanitaria..., op. cit., p. 241.

¹¹⁸¹ Art. 62 LOEx 1

¹¹⁸² BOE de 24 de abril de 2012.

1.3.4.1. El efecto de la política de recortes en la asistencia sanitaria

Debe tenerse en cuenta que la evolución hacia la universalidad de la asistencia sanitaria pública, implícita en el art. 43 CE, propiciada por la LGS, por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y casi alcanzada por la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública¹¹⁸³, además de las competencias de las diferentes Comunidades Autónomas por medio de sus Estatutos de Autonomía, ha conllevado un fuerte y regresivo golpe a raíz de los profundos cambios que ha introducido el RDL 16/2012. Esta norma introduce el concepto de “asegurado” y “beneficiario del asegurado” en lugar del concepto de ciudadano

Así, hemos tenido ocasión de ver con anterioridad que el art. 12.1 LO 4/2000, en la redacción modificada por la LO 2/2009 atribuía el derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontrasen en España (con independencia de su situación legal o administrativa) siempre que estuviesen inscritos en el Padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. El criterio que se utilizaba para atribuir el derecho a la protección de la salud a los extranjeros era el de la residencia efectiva o el domicilio habitual en un municipio. Así, podían acceder a la protección y tutela de ese bien jurídico que es la salud, tanto los extranjeros que tenían la autorización de residencia, regulares, como los que sin tenerla estaban empadronados en un municipio (irregulares).

En el caso de los extranjeros no empadronados, podían acceder a la asistencia sanitaria a través del servicio de urgencias en casos de enfermedad grave o de accidente, en igualdad de condiciones que los españoles.

¹¹⁸³BOE de 5 de octubre de 2011

1.3.4.2. La condición de asegurado de los inmigrantes irregulares

El Real Decreto-ley 16/2012¹¹⁸⁴, modifica, en su Disposición final tercera, el art. 12.1 LO 2/2009 quedando redactado de la siguiente manera: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

En la legislación sanitaria estatal¹¹⁸⁵ han de tenerse en cuenta fundamentalmente dos leyes: por un lado, la LGS y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. La primera establece en su art. 1.2 que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. “Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional”, según el art 1.3, “tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Y, por otra parte, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que ha sido modificada también por el citado Real Decreto-ley 16/2012 dispone en su art. 3.1 que “la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”.

¹¹⁸⁴ Real Decreto-ley, entre otras finalidades, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo fundamental “afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”, dentro del “actual contexto socioeconómico”. Hasta el momento, han presentado un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, las siguientes Comunidades Autónomas: el Parlamento de Navarra contra los arts. 1.Uno y, por conexión, 1.Dos; 2.Dos, Tres y Cinco; 4.Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 1.uno y dos; 4.uno y cuatro y 10.cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno del País Vasco contra los arts. 1.Dos, 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno de Cataluña contra los arts. 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, y el Gobierno de Canarias contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8, apartados 1, 2 y 3; 9; Disposición adicional primera, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012. Recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional.

¹¹⁸⁵ Elaborada al amparo del art. 149.1.1, 16 y 17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad y del régimen económico de la Seguridad Social.

De acuerdo con lo previsto en esta norma, para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria (a la cartera común de servicios), con cargo a fondos públicos y a través del Sistema Nacional de Salud no basta, por tanto, con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se exige además acreditar la condición de asegurado.¹¹⁸⁶

Con la categoría de “asegurado” que introduce el RDL se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social. Se mantiene así, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social.¹¹⁸⁷

El apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003 señala que pueden “ostentar” la condición de asegurado: a) los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; c) los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) los que después de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren como inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Esta regulación de las personas que pueden poseer la condición de asegurado excluía del derecho a la sanidad a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales,

¹¹⁸⁶ Llama la atención la modificación del texto que encabeza el epígrafe del art. 3 de la Ley. En la redacción anterior se hablaba de “titulares de los derechos”, reconociendo en el apartado 1.º que son “titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes...”. Tras la reforma del art. 3 de la Ley por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, la redacción del epígrafe que encabeza el art. 3 alude a “la condición de asegurado” y no a los titulares del derecho.

¹¹⁸⁷ El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, interrumpe un proceso de universalización del derecho a la salud, iniciado con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que, aunque el Real Decreto-ley 16/2012 habla también de sanidad “universal”, lo cierto es que deja fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como los inmigrantes en situación administrativa irregular (que podían acceder al mismo, siempre que estuviesen empadronados, desde la modificación de la LOEX por la LO 2/2009) o los mayores de 26 años que no hayan accedido aún a su primer empleo, salvo en determinados casos, según se verá seguidamente. Se vuelve a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores, pues solamente estos y sus beneficiarios pueden acceder a la condición de “asegurados” y, por ende, a las prestaciones sanitarias públicas.

como, por ejemplo, los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta última situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto¹¹⁸⁸, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En él se concretan y amplían las personas que pueden “ostentar” la condición de asegurado, contenida en el apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.¹¹⁸⁹

Así, además de las personas que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ostentan la condición de aseguradas las que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”, siempre que “se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos

¹¹⁸⁸ Por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE de 4 de agosto de 2012.

¹¹⁸⁹ Se concretan, e incluso se corrigen, en el art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, los supuestos c) y d) del apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tal y como habían sido redactados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Así, ahora se dice en el art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que “a efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: “3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”.

en su normativa específica” (art. 2.1.b del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).¹¹⁹⁰

El reconocimiento y control de la condición de asegurado se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose reglamentariamente los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición¹¹⁹¹. Una vez reconocida la condición de asegurado, corresponde a las Administraciones sanitarias competentes (las autonómicas), en el ejercicio de funciones ejecutivas, hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y facilitar el acceso de los ciudadanos a sus prestaciones mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo).¹¹⁹²

El apartado 3.º del art. 3 de la Ley 16/2003 contiene una disposición específica destinada, entre otras personas, a los extranjeros. En él se establece que los extranjeros residentes, esto es los que sean “titulares de una autorización para residir en territorio español (si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado 2.º podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente” (cien mil euros, conforme al citado art. 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012).

En consecuencia, para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes (con autorización de residencia vigente) y tener la condición de asegurado, según los supuestos

¹¹⁹⁰ También los “menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo” (art. 2.2 Real Decreto 1192/2012).

¹¹⁹¹ Véanse los arts. 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

¹¹⁹² Ha de recordarse que la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, había previsto que “las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España, podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”.

previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del art. 3.2 de la Ley 16/2003, es preciso que acrediten que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no tienen cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía (art. 2.1.b.3.º del Real Decreto 1192/2012).¹¹⁹³

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Precepto que reproduce lo dispuesto ya en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del art. 12 LO 2/2009. En este sentido, se establece que “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria” en los casos “de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica” y en los casos “de asistencia al embarazo, parto y postparto”.¹¹⁹⁴

¹¹⁹³ Existen dos colectivos de extranjeros, con autorización de permanencia o de estancia, que aunque no tengan la condición de asegurados, pueden recibir también asistencia sanitaria en España. Se trata de las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo y de las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión. Estas personas recibirán, mientras permanezcan en esa situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Véanse las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, modificadas por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, de los que nos ocuparemos más adelante.

¹¹⁹⁴ Como medida de protección para las madres extranjeras gestantes, los arts. 57.6 y 58.4 LO 2/2009 disponen que las mujeres embarazadas no podrán ser devueltas ni expulsadas cuando las medidas de expulsión o devolución puedan suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

1.3.4.3. El convenio especial de protección de asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares

De conformidad con lo dispuesto en el art. 3.5 de la Ley 16/2003, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, prevé que mediante una Orden del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad podrán determinarse los requisitos de un convenio especial por el que podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria, a cambio del pago de una contraprestación o cuota, aquellas personas que, no teniendo la condición de aseguradas o beneficiarias, no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Entre estas personas podrían estar los extranjeros irregulares. El Ministerio no elabora una Orden, sino un Real Decreto, el RD 576/2013, de 26 de julio¹¹⁹⁵, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.¹¹⁹⁶

El art. 3 de esta norma establece quiénes podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria: han de ser personas que residan en España y que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Con dichos requisitos, los inmigrantes en situación irregular también podrían suscribir un convenio especial. No obstante, la norma exige la observancia de los siguientes requisitos complementarios:

1.º “Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del

¹¹⁹⁵ Por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE de 27 de julio de 2013.

¹¹⁹⁶ BOE de 27 de julio de 2013 (con entrada en vigor el día 1 de septiembre de 2013). En la exposición de motivos del Real Decreto se afirma también que “el contenido prestacional al que puede acceder la persona que suscriba el convenio especial tiene carácter básico y, en consecuencia, podrá ser incrementado por las Comunidades Autónomas mediante la inclusión en dicho convenio de otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas”.

convenio especial". La residencia efectiva podrá probarse mediante el correspondiente permiso de residencia, pero la norma no especifica si también podría acreditarse por otros medios (el certificado de empadronamiento), por lo que el cumplimiento de este requisito podría quedar a la libre apreciación de quién examine la solicitud.

2.º "Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la Administración Pública competente para su suscripción".

3.º No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países".

En definitiva, podrán suscribir personalmente este tipo de convenio especial los españoles que nunca hayan trabajado y que tengan ingresos superiores a los cien mil euros al año (rentistas); también los europeos y los nacionales de terceros países que durante su estancia (legal o ilegal) en España voluntariamente quieran suscribir el convenio para ser atendidos por el sistema sanitario público español, siempre que acrediten la residencia efectiva y continuada en España durante un año y estén empadronados en un municipio español. La formalización del convenio especial solamente podrá realizarse con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o con la Administración Pública autonómica que corresponda, en función del municipio en el que aquellas personas se encuentren empadronadas (art. 2.1). La firma del convenio especial no conllevará la expedición de la tarjeta sanitaria para la persona que lo suscriba (art 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y art. 4 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria facilitará a las personas que lo suscriban el acceso "a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el art. 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema

Nacional de Salud”, es decir, las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art 2.2).

Se excluye, por tanto, el acceso a las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (art. 8 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo), esto es, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente (debiendo abonar la totalidad del coste de dichas prestaciones). Tampoco podrá accederse a las prestaciones de la cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud (art. 8 *quáter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo), es decir, a las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico.

Sin embargo, por su carácter básico, las Comunidades Autónomas podrán facilitar las prestaciones asistenciales propias de su cartera de servicios complementaria, distintas a las incluidas en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (art. 8 *quinques* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo), siempre que la Comunidad Autónoma las haya incorporado en el convenio especial (art.2.2).

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria deberá tener, al menos, el siguiente contenido (art. 5.1): a) “datos de identidad de la persona que suscribe el convenio especial”; b) “fecha de su formalización”; c) “contraprestación económica a abonar por la persona que suscriba el convenio especial, así como su forma de pago”; d) “condiciones particulares y forma de utilización de las prestaciones sanitarias por parte de la persona que suscriba el convenio especial”; e) “las causas de extinción del convenio especial”.

La contraprestación económica mínima que ha de abonar la persona que suscriba el convenio especial (art. 6) es de 60 euros de cuota mensual, cuando “el suscriptor tiene menos de 65 años” y de 157 euros ”si el suscriptor tiene 65 o más años. La cuota mensual podrá ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria de la Comunidad

Autónoma. Se trata de cuotas que, por lo general, se asemejan a las de algunas aseguradoras privadas, pero que pueden resultar onerosas para aquellos extranjeros irregulares que estén atravesando verdaderas dificultades económicas, con el añadido de que tienen que afrontar el coste de las prestaciones no incluidas en la cartera común básica.

En suma, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 16/2012, que modifica la LCCSNS, la atención sanitaria, con carácter público y gratuito, a los extranjeros irregulares mayores de edad se limita exclusivamente a los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente y hasta que reciban el alta médica.¹¹⁹⁷ A pesar de la indeterminación jurídica de los conceptos generales de “enfermedad grave o accidente”¹¹⁹⁸, la atención en urgencias habrá de prestarse por los profesionales sanitarios a los extranjeros, en todo caso, siempre que exista un grave riesgo para su salud y para su vida e integridad física. De este modo la norma citada se conectaría con el mandato que el art. 43 CE dirige expresamente a los poderes públicos para tutelar la salud de las personas mediante las correspondientes prestaciones y servicios sanitarios y con la obligación de preservar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física reconocido en el art. 15 CE.

1.3.4.4. El papel de las Comunidades Autónomas ante el RD-ley 16/2012, de 20 abril

Desde un punto de vista competencial, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, basándose para ello en la competencia exclusiva que le atribuye el art.

¹¹⁹⁷ El art. 64.2.b) LO 2/2009 atribuye también a los extranjeros que se encuentren en una situación de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario o de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la expulsión, el derecho a la atención sanitaria de urgencia y al tratamiento básico de enfermedades. Con carácter específico, el art. 62 *bis*.1 LOEX reconoce también el derecho a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada a los extranjeros que hayan ingresado en centros de internamiento, que habrán de disponer de servicios de asistencia sanitaria con dotación suficiente (art. 62 *bis*.2).

¹¹⁹⁸ Sobre la interpretación del concepto de “enfermedad grave” ARBELÁEZ RUDAS, M.; “La nueva...”, cit., pp. 112-113; ARBELÁEZ RUDAS, M, y GARCÍA VÁZQUEZ, S.; “El derecho...”, cit., pp. 443-444.

149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. En el ejercicio de esta función, el Estado ha vinculado y condicionado la titularidad y el ejercicio de determinados derechos de los extranjeros (el derecho a la salud) a su situación legal y administrativa en España. Por otro lado, el Estado, con fundamento en la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.16 y 17 CE –fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social–, ha establecido que para acceder a las prestaciones y servicios sanitarios, con cargo a fondos públicos, además de la condición de nacionales y extranjeros residentes, es necesaria la condición de asegurado (art. 3 de la Ley 16/2003, LCCSNS y art. 2 de la LGS).

Algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en sus Estatutos de Autonomía, dentro de la parte relativa a los derechos estatutarios, un precepto en el que se reconoce, proclama o garantiza un derecho de *todas las personas* (carácter universal) a la sanidad (pública) o a la protección de la salud, en condiciones de igualdad. Aunque, como se indica en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley¹¹⁹⁹, y dentro del marco de las competencias que, en materia de sanidad, productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía.¹²⁰⁰ Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1,

¹¹⁹⁹ Así, por ejemplo, el art. 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la L. O. 6/2006, de 19 de julio; el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, reformado por la L. O. 1/2007, de 28 de febrero; el art. 22.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la L. O. 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la L. O. 5/2007, de 20 de abril; o el art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por la L. O. 14/2007, de 30 de noviembre. El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la salud en estas normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya sean regulares o irregulares), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, aunque para ello se remitan a lo que dispongan las leyes (que pueden ser autonómicas y estatales). El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 18), al considerar que la voluntad del legislador estatuyente no fue la de ampliar la titularidad de los derechos sociales a los extranjeros. Se basa para ello en una interpretación extensiva de los arts. 15.1 y 3 y 37.4 del Estatuto catalán.

¹²⁰⁰ Véanse también las siguientes normas estatutarias: el art. 162.1 a 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los arts. 30.48; 31.4 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 55.1 a 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; los arts. 71.55 y 56 y 77.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón; los arts. 71.1.4; 74.1 y 76.7 del Estatuto de Autonomía de

apartados 1.º y 16.º CE, que establecen respectivamente la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

En definitiva, la sanidad es una materia de titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad. A las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado que, aun cuando han de ir en una misma dirección, de acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares mediante propuestas políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias.

El Tribunal Constitucional, en la STC 98/2004, de 25 de mayo¹²⁰¹ establece qué se entiende por lo básico en materia sanitaria, concretamente en relación con una de sus prestaciones, la farmacéutica: «partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”. De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas,

Castilla y León; los arts. 9.1.24 y 25; 10.1.9 y 11.1.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

¹²⁰¹ RJ 1297/97.

puede mejorarse por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE).¹²⁰²

Conforme las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, se han creado diversos regímenes jurídicos sanitarios, sin que exista un sistema público sanitario igual para todo el territorio nacional. No obstante, el Estado, para garantizar una igualdad mínima de los ciudadanos, establece por legislación básica (la LOEX y la LCCSNS reformadas) una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios.¹²⁰³ Esta cartera común integraría el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado.

Las Comunidades Autónomas pueden superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria cuyos beneficiarios serían los residentes que tuvieran la condición de asegurado.¹²⁰⁴ Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho¹²⁰⁵.

¹²⁰² Véase F. J. 7º. Esta doctrina jurisprudencial no fue adoptada por unanimidad ya que contra la decisión mayoritaria se formularon dos Votos particulares. Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hija al que se adhieren los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Javier Delgado Barrio. Y Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al que se adhiere don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrado.

¹²⁰³ La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud presenta las siguientes modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios. La cartera común básica de servicios asistenciales comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Estas prestaciones son totalmente gratuitas, están cubiertas de forma completa por la financiación pública. La cartera común suplementaria incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, la de productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente. La cartera común de servicios accesorios incluye las actividades, servicios o técnicas no esenciales pero de apoyo a la mejora de una patología crónica. Las prestaciones de la cartera común suplementaria y las de la de servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios (arts. 8, *bis*, *ter* y *quáter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado y añadidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

¹²⁰⁴ Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, al menos, la cartera común de servicios del

Para los inmigrantes irregulares mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud, según la legislación básica del Estado, es de menor alcance pues comprendería solamente la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (que es gratuita) y el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales, previa suscripción de un convenio especial y el abono de unas cuotas, en tanto en cuanto regularizan su situación.

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la Sanidad (ex art. 149.1.16 CE). El desarrollo de este título competencial se lleva a cabo, entre otras leyes, por la citada LCCSNS, en la que, según se ha dicho, se establecen las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (contenido mínimo del derecho a la salud), así como sus beneficiarios (titularidad del derecho). El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido también, entre otras, en la STC 136/2012, de 19 de junio¹²⁰⁶ según la cual: “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia”.¹²⁰⁷ En consecuencia, se descarta que “la

Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Para aprobar la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, ha asegurarse preceptivamente la financiación de la cartera común de servicios. Las Comunidades Autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado (art. 8 *quinquies*, 1, 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

¹²⁰⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”. Revista de Estudios Políticos (nueva época). Núm. 163 enero-marzo. Madrid. 2014, pp. 218-219.

¹²⁰⁶ RJ 2810-2009.

¹²⁰⁷ Véase F.J. 5º. En efecto, continúa diciendo el Tribunal, “la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos (...), permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de

Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y (...) también que pueda definir las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud o las condiciones en las que éstas se prestan”.¹²⁰⁸

Del mismo modo que se ha permitido a las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las bases del Estado, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer prestaciones adicionales para sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podría admitirse también que las Comunidades Autónomas ampliaran por normas autonómicas la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera podría facilitarse su acceso, en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como es el caso de los inmigrantes irregulares.¹²⁰⁹

La ampliación del catálogo de prestaciones sanitarias y de la titularidad del derecho a la salud a los extranjeros irregulares había sido iniciada ya por algunas Comunidades Autónomas, incluso antes de la reforma de la Ley de Extranjería por la LO 2/2009, que atribuía ese derecho a los extranjeros que se encontrasen en España, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón municipal. Así, por ejemplo, Andalucía reconocía a los inmigrantes irregulares, también a los no empadronados que acreditasen recursos económicos

25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»).

¹²⁰⁸ Véase F. J. 8º. Se concluye asimismo en la sentencia “que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia” (la sanitaria). Ello invade la competencia estatal del art. 149.1.16 CE. De ahí que, en el caso concreto, se declare la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto de una Ley valenciana que había establecido una tasa por prestación de servicios sanitarios.

¹²⁰⁹ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, op. cit., pp. 219-220.

insuficientes, el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia como los servicios básicos de salud o las consultas externas.¹²¹⁰

Ante la reforma del Sistema Nacional de Salud por el Real Decreto-ley 16/2012, en virtud de la cual se priva a los extranjeros irregulares de la tarjeta sanitaria y de la mayoría de las prestaciones sanitarias, las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar el Real Decreto-ley 16/2012. En este sentido pueden distinguirse los siguientes grupos de Comunidades Autónomas.

a) Un primer grupo comprendería aquellas Comunidades como las de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia, en las que, desde el 1 de septiembre de 2012, el Gobierno autonómico aplica el Real Decreto-ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Decreto-ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad. Aun así, se han denunciado algunos casos en los que se ha vulnerado lo dispuesto en el propio Real Decreto-ley 16/2012, como el de aquellos gobiernos autonómicos que, cuatro meses antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, en mayo de 2012, procedieron a

¹²¹⁰ARBELÁEZ RUDAS, M.; Los derechos sanitarios de los inmigrantes. En AA.VV.; AJA, E., MONTILLA, J. A. y ROIG, E. (Coords.): Las Comunidades Autónomas y la inmigración, Valencia, 2006, pp. 482-493. Navarra exigía a los inmigrantes irregulares únicamente el empadronamiento en su lugar de residencia habitual para acceder a la atención sanitaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra y en la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales. Posteriormente, la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, de 28 de octubre de 2010, reitera también en su art. 11.1, el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública “a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”. Cataluña, a partir del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de las personas extranjeras y su integración social en Cataluña (art. 7.1.3 y 4), basta con la inscripción en el Padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente para que se les otorgue la tarjeta y la asistencia sanitaria. En el País Vasco, el Decreto 26/1988, de 16 de febrero, reconocía la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud, a quienes careciesen de los suficientes recursos económicos y no estuviesen protegidos por el sistema de la Seguridad Social, siempre que estuviesen empadronados en un municipio del País Vasco. El Gobierno vasco podrá ampliar en el territorio del País Vasco el catálogo de las prestaciones individuales sanitarias del Sistema Nacional de Salud, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y de cobertura financiera (art. 4.4).

expulsar a los inmigrantes irregulares de sus sistemas sanitarios. También pueden constatarse otros casos en los que se ha tardado en elaborar o en comunicar formalmente instrucciones o directrices para informar al personal sanitario de las medidas definitivas o de los procedimientos de aplicación del Real Decreto-ley, originando un gran desconcierto entre las personas usuarias y una descoordinación importante en los centros sanitarios. En otras Comunidades Autónomas se han elaborado instrucciones o circulares confusas (no publicadas oficialmente), en las que se permite al personal administrativo, no al personal sanitario, la potestad para decidir cuándo se está o no ante una situación de urgencia; o no se aclara suficientemente al personal sanitario cómo actuar en casos de enfermedades crónicas o de patologías declaradas como supuestos de Salud Pública. También se han denunciado casos de desatención sanitaria a inmigrantes irregulares que eran menores o mujeres embarazadas, o de facturación por asistencia al parto, o de ausencia de asistencia farmacológica a personas enfermas crónicas, o con patologías severas.¹²¹¹

b) Un segundo grupo de Comunidades Autónomas estaría constituido por aquellas Comunidades que anunciaron, desde un primer momento y a través de sus representantes políticos, la voluntad de no aplicar el Real Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares o, dicho de otro modo, ampliando subjetiva y objetivamente la prevista en la norma estatal. En este grupo se incluirían Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco. Incluso algunas de ellas reaccionaron frente al Decreto-ley 16/2012 interponiendo un recurso de inconstitucionalidad contra determinados

¹²¹¹ Sobre estos casos, *vid.* ampliamente la página web de la Organización No Gubernamental “Médicos del Mundo” (http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conts/mem.detalle_cn/re/menu.111/id.3187). Puede traerse también a colación el primer caso conocido de muerte de un inmigrante irregular por no recibir la asistencia sanitaria adecuada. Un senegalés de veintiocho años, residente desde hace ocho años en España, al que, según lo publicado en los medios de comunicación, no se le diagnosticó la enfermedad que padecía, tuberculosos, ni recibió una asistencia hospitalaria adecuada (diario El País, de 10 de mayo de 2013: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/10/actualidad/1368202072_471737.html). En relación con la desatención sanitaria a los hijos menores de inmigrantes irregulares, ha de citarse el Informe de 9 de octubre de 2013, del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (CommDH(2013)18), elaborado tras una visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013 (<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2>).

preceptos (Asturias y Andalucía). Desde los Gobiernos de algunas de estas regiones, y a través de la Consejería competente en materia de sanidad o salud, se han elaborado normas autonómicas (la mayoría de ellas instrucciones internas) en las que se atribuye a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma.

Para ello, se les otorga un documento acreditativo o una tarjeta especial (que puede ser provisional, susceptible de prórroga), aunque para su obtención se exige el cumplimiento de determinados requisitos como el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma (que difiere de unas Comunidades a otras) y no superar una cuantía de ingresos determinada.¹²¹²

Conviene detenernos en la Comunidad del País Vasco, en la que el Consejo de Gobierno aprueba un Decreto, el 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por el que se amplía la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012. Así, el art. 2.2 establece que aquellas personas que dispusieran de la Tarjeta

¹²¹² Así, en Andalucía, el Servicio de Salud Andaluz, por el mero hecho de residir en Andalucía, facilita a los inmigrantes irregulares una tarjeta «provisional de reconocimiento temporal», distinta de la tarjeta sanitaria (http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=gr_derechos_tSanitaria). En Asturias, con fecha de 30 de agosto de 2012, se publican unas instrucciones de la Consejería de Sanidad para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos y empadronadas en Asturias (*Boletín Oficial del Principado de Asturias*, n.º 204, de 1 de septiembre de 2012). En Cataluña se dicta por el Servicio Catalán de Salud la Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, sobre el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de Salud a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. En ella se reconoce que dichas personas, previo cumplimiento de ciertos requisitos, podrán acceder a las prestaciones sanitarias de un primer nivel de asistencia que comprende: la atención urgente, incluido el transporte sanitario urgente y la atención primaria y los medicamentos prescritos en ella mediante el copago del 40% de su precio. También podrán acceder a las prestaciones de los programas sanitarios de interés para la salud pública que establezca el Departamento de Salud, así como la prestación farmacéutica asociada a esos programas. Excepcionalmente, podrá autorizarse en este primer nivel de asistencia el acceso a la atención especializada en casos de gravedad o riesgo vital para la persona. La Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, puede consultarse en la página web del Servicio Catalán de Salud: (http://www20.gencat.cat/docs/salut/Minisite/catsalut/Proveidors_professionals/normatives_instruccions).

Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, recibirán las mismas prestaciones sanitarias de las que disfrutaban quienes tienen la condición de asegurado o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Para recibir la asistencia sanitaria es preciso que cumplan simultáneamente los requisitos exigidos en el art. 2.3: empadronamiento por un año en cualquiera de los municipios de Euskadi, carecer de determinados ingresos y no tener acceso a otro sistema de protección sanitaria pública.

El Gobierno de la nación plantea ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias frente al Gobierno vasco y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio. Considera que las disposiciones impugnadas afectan a materias de competencia exclusiva del Estado por contradecir la legislación básica estatal en materia de sanidad interior (art. 149.1.16 CE).

En lo que aquí interesa, el Decreto impugnado introduce diferencias respecto de la legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita, ya que modifica la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista en la norma estatal. El Gobierno de España solicita, asimismo, la suspensión del Decreto 114/2012, de 26 de junio. El Pleno del Tribunal, mediante providencia de 24 de julio de 2012, admite a trámite el conflicto positivo de competencias y acuerda la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto del Gobierno vasco. Este Gobierno presenta alegaciones y solicita el levantamiento anticipado de la suspensión de la vigencia del Decreto.

El Tribunal resuelve el incidente de suspensión en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, en concreto, los que permiten dar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el Real Decreto

ley 16/2012.¹²¹³ En este incidente el Tribunal pondera dos intereses generales: de un lado, el interés general determinado por el beneficio económico y el ahorro que supone para el Estado las medidas adoptadas con la redefinición del ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud; de otro, el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE¹²¹⁴.

El TC se inclina a favor de esta última consideración fundamentando su decisión en que “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”.¹²¹⁵

c) Existe otro grupo de Comunidades Autónomas que han desarrollado otros mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Así, en algunas de ellas (Castilla y León y Valencia) se han adoptado determinadas instrucciones o circulares por órganos de las Consejerías competentes en materia sanitaria en las que se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, aunque con la obligación de facturar los servicios prestados. No obstante, en dichas instrucciones se establece también la posibilidad de que se den situaciones de facturas impagadas, al no poder abonar su importe los inmigrantes irregulares por carecer de recursos económicos suficientes. Incluso, en algunos casos, se contempla que las facturas puedan satisfacerse con cargo a los servicios

¹²¹³ Los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3, y disposición final primera.

¹²¹⁴ Véase F.J. 5º

¹²¹⁵ Véase F.J. 5º Mediante una Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud del País Vasco, se establece un procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el citado art. 2.3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio (art. 1.2). En esta Orden se regula también el documento identificativo sanitario (art. 4) y el procedimiento para su emisión (art. 3). La Orden puede consultarse en el *Boletín Oficial del País Vasco* n.º 139, de 22 de julio de 2013.

sociales de la Comunidad, de los Ayuntamientos o de organizaciones no gubernamentales.¹²¹⁶

Dentro de este grupo de Comunidades Autónomas, puede destacarse las de Galicia y Canarias, en las que desde las Consejerías responsables de la materia sanitaria, se han dictado también normas (instrucciones o circulares internas) que contienen programas de salud pública o de carácter social, habilitando incluso procedimientos para la elaboración de un registro y para la obtención de un documento que acredite a los inmigrantes irregulares como usuarios del servicio de salud autonómico. Se condiciona también el acceso a dichos programas y documentos acreditativos a que los inmigrantes irregulares cumplan determinados requisitos como el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma, el no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria.¹²¹⁷

¹²¹⁶ En Castilla y León existe una Instrucción de la Gerencia Regional de Salud, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de la que no tenemos constancia de su publicación oficial. En ella se indica también que ha de facilitarse la prestación de salud pública ante la aparición de brotes o enfermedades transmisibles. La Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León establece en el art. 13, como objetivos prioritarios de los poderes públicos relacionados con la integración de los inmigrantes en el ámbito de la salud (mandatos excesivamente generales): b) adaptar la atención sanitaria a las peculiares necesidades sanitarias de los inmigrantes; d) expedir a los inmigrantes la tarjeta sanitaria a través de los cauces y de acuerdo con los requisitos establecidos por la normativa aplicable; e) prestar atención especial a las particulares necesidades de prevención y promoción de la salud de los inmigrantes, especialmente mujeres, menores y personas con discapacidad». A partir del 1 de septiembre de 2013, que entra en vigor el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Servicio de Salud de Castilla y León propone en el «Portal de Salud Castilla y León», que las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud firmen un convenio especial con la Gerencia Regional de Salud para recibir la prestación de asistencia sanitaria, en las condiciones establecidas en dicha norma (<http://www.saludcastillayleon.es/ciudadanos/es/enlaces-interes/portales-salud/ccaa>). En Valencia, ha de tenerse en cuenta la instrucción 5/2012, denominada «Instrucción tras la sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales», aplicable a la población extranjera irregular y sin recursos. Instrucción distribuida el 8 de octubre de 2012 por la Agencia Valenciana de la Salud.

¹²¹⁷ En Galicia puede consultarse la Instrucción 10/2012, de la Consejería de Sanidad, de 31 de agosto, sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina. En ella se prevé la creación de un Programa gallego de protección social de salud pública, al que pueden acceder todas aquellas personas que a partir del 1 de septiembre de 2012 no tengan derecho de asistencia sanitaria por carecer de la condición de asegurado o de beneficiario. Entre estas personas estarían los

En Navarra, por su parte, el Consejo de Gobierno aprobó el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, que modifica el anterior Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra encaminado a excluir del SNS a quienes no tuvieran la condición de asegurado conforme al RDL 16/2012¹²¹⁸.

Esta norma se publica en clara oposición a una norma de mayor rango jerárquico: la Ley Foral de derechos y deberes de 2010 que reconoce la asistencia sanitaria pública “a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”¹²¹⁹.

Con el objeto de evitar la situación de inseguridad jurídica que se había creado y solucionar el conflicto normativo originado, el Parlamento navarro aprobó una

extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España que se encuentren en Galicia. Es la Instrucción 15/2012, de 21 de septiembre, la que regula la creación del Programa gallego de protección social de salud pública, estableciendo los requisitos necesarios para solicitar la inclusión en dicho programa. Estas Instrucciones puede consultarse en el *Diario Oficial de Galicia* n.º 175, de 13 de septiembre de 2012, y n.º 193, de 9 de octubre de 2012. En Canarias ha de acudirse a la Instrucción n.º 10/2012, de la Directora del Servicio Canario de Salud, por la que se aprueban un conjunto de actuaciones en materia de Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad y Prestación de la Asistencia Sanitaria Básica, dirigidas a personas extranjeras, no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes. En ella se mencionan las actividades sanitarias a las que pueden acceder y las excluidas. Sobre esta Instrucción, vid. la página web del Servicio Canario de la Salud: (http://www2.gobiernodecanarias.org/sanidad/scs/content/fe6336e1-4b5e-11e2-a5ba-c162420e469e/ConjuntoActuaciones21_12_12.pdf). Valencia ha publicado también una Instrucción de 31 de julio de 2013, de la Secretaría Autonómica de Sanidad, por la que se informa de la puesta en marcha del Programa Valenciano de Protección de la Salud, destinado a los extranjeros (irregulares) mayores de edad que no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario, siempre que lleven empadronados un año en algún municipio de la Comunidad Autónoma, carezcan de recursos económicos y no reúnan los requisitos necesarios para suscribir un convenio especial de prestación sanitaria. (Véase la página web de la Agencia Valenciana de Salud: http://www.san.gva.es/documents/152919/169224/PROTECCION_SALUD.pdf.)

¹²¹⁸ Para ello era necesario cumplir con las condiciones ya mencionadas del empadronamiento por un periodo de tiempo en un municipio de la Comunidad Foral y no superar una cuantía de ingresos determinada. El Decreto navarro exige además el abono de unas cuotas de participación. Este Decreto se complementa con la Orden Foral 557/2012, de 31 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria de concesión de subvenciones para el pago de la aportación del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra a personas sin recursos.

¹²¹⁹ Art. 11.1 Decreto Foral 117/2012.

ley, la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que actualmente se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. El artículo único de esta Ley dispone de forma tajante que “todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa”.¹²²⁰

1.3.5. Quinta fase: Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social¹²²¹

Modifica el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Dicho reconocimiento podrá efectuarse de oficio¹²²² o a solicitud del interesado.¹²²³

En el primer caso, el art. 5¹²²⁴ señala el reconocimiento de oficio de la condición de asegurado o beneficiario.

¹²²⁰ El apartado 2.º del artículo único concreta lo que se entiende por “residencia”: el mero “hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno”. La Disposición Derogatoria Única de la Ley Foral deroga expresamente el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, así como «sus modificaciones y disposiciones de desarrollo y cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley Foral». (Ley publicada en el *Boletín Oficial de Navarra* n.º 43, de 4 de marzo de 2013).

¹²²¹ BOE de 29 de julio de 2015. En adelante Ley 25/2015.

¹²²² Art. 5 Ley 25/2015.

¹²²³ Art. 6 Ley 25/2015

¹²²⁴ Art. 5 Ley 25/2015 “1. El reconocimiento de oficio de la condición de persona asegurada se hará de forma automática, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2, en el caso de:

a) Personas comprendidas en el artículo 2.1.a).

b) Personas que pasen a estar comprendidas en el artículo 2.1.b) por dejar de cumplir alguna de las condiciones establecidas en el artículo 2.1.a) o en el artículo 3.1.c).

En el segundo, conforme al art. 6¹²²⁵, el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario previa solicitud del interesado, mediante el

c) Menores de edad sujetos a tutela administrativa al cumplimiento de la mayoría de edad.

2. La condición de beneficiario como descendiente de una persona asegurada se rehabilitará de oficio, de forma automática, cuando dicha condición se hubiere interrumpido por pasar aquel a estar comprendido como asegurado en el artículo 2.1.a) y dejar de estarlo posteriormente siendo aún menor de 26 años de edad.”

¹²²⁵ “1. El reconocimiento de la condición de asegurado a que se refiere el artículo 2.1.b) y de beneficiario a que se refiere el artículo 3, se realizará a instancia del interesado en los supuestos no previstos, respectivamente, en los apartados 1.b) y 2 del artículo 5.

2. La solicitud de reconocimiento de la condición de persona asegurada irá acompañada de la siguiente documentación, según los casos:

a) En el caso de ciudadanos españoles, el Documento Nacional de Identidad en vigor.

b) En el caso de personas que no tengan nacionalidad española:

1.º Documento nacional de identidad o pasaporte en vigor, y certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros para los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza.

2.º Documento nacional de identidad o pasaporte en vigor, y tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea para los familiares de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza.

3.º Para las demás personas que no tengan nacionalidad española, pasaporte en vigor y Tarjeta de Identidad de Extranjero que acredite la titularidad de una autorización para residir en España o, en caso de no tener obligación de obtener dicha Tarjeta, la autorización para residir en España en la que conste el correspondiente Número de Identidad de Extranjero.

c) Certificado de empadronamiento en el municipio de residencia del solicitante.

d) En el caso de personas que no sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una declaración responsable de no superar el límite de ingresos previsto en el artículo 2.1 b), acompañada, para aquellas personas que no tengan nacionalidad española, de un certificado expedido por la administración tributaria del Estado en el que hayan tenido su última residencia acreditativo de no superar el citado límite de ingresos en atención a la declaración presentada en dicho Estado por un impuesto equivalente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. No obstante lo anterior, los apátridas no estarán obligados a presentar este último certificado.

e) Declaración responsable de no tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, acompañada, en su caso, de un certificado emitido por la institución competente en materia de Seguridad Social o de asistencia sanitaria del país de procedencia del interesado acreditativo de que no procede la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en España. No obstante lo anterior, los apátridas no estarán obligados a presentar este último certificado.

f) Resolución de la declaración de desamparo en el caso de menores sujetos a tutela administrativa.

No será necesario aportar los documentos mencionados en los párrafos a) y c) anteriores cuando los interesados presten su consentimiento para que los datos de identidad, domicilio y residencia puedan ser consultados por la administración a través de los Sistemas de Verificación de Datos de Identidad y de Residencia.

3. La solicitud de reconocimiento de la condición de persona beneficiaria irá acompañada, además de los documentos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado anterior que correspondan, de la siguiente documentación, según los casos:

a) Libro de familia o certificado de la inscripción del matrimonio para acreditar la condición de cónyuge de la persona asegurada.

b) Certificación de la inscripción en alguno de los registros públicos existentes o, en su defecto, el documento público correspondiente para acreditar la existencia de una pareja de hecho.

certificado de empadronamiento en el municipio de residencia del solicitante permite obtener la condición de asegurado.

1.4. El derecho a la Asistencia Sanitaria de colectivos especialmente vulnerables en situación irregular

1.4.1. Extranjeros menores de edad

El art. 12.3 LO 2/2009 prevé que los extranjeros menores de dieciocho años que se hallen en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Se vuelve a establecer el criterio de trato igual con los españoles al reconocer este derecho a los extranjeros menores de edad en situación irregular. Tanto la

c) Documento acreditativo de la condición de ex cónyuge o de separado judicialmente de la persona asegurada, así como el de su derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de esta última.

d) Libro de familia o certificado de nacimiento para acreditar la condición de descendiente de la persona asegurada o de su cónyuge, ex cónyuge a cargo o pareja de hecho y, además, el certificado de reconocimiento del grado de discapacidad para aquellos que, siendo mayores de 26 años, tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100.

e) Documento acreditativo de la tutela o del acogimiento acordado por la autoridad competente para acreditar la condición de menor tutelado o acogido legalmente por la persona asegurada, por su cónyuge, ex cónyuge a cargo o pareja de hecho.

f) Libro de familia o documento equivalente para acreditar la condición de hermana o hermano de la persona asegurada.

g) Declaración responsable de no tener unos ingresos anuales que superen el doble de la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), también en cómputo anual.

No será necesario aportar los documentos mencionados en los párrafos a) y c) del apartado 2 cuando los interesados presten su consentimiento para que los datos de identidad, domicilio y residencia puedan ser consultados por la administración a través de los Sistemas de Verificación de Datos de Identidad y de Residencia.

4. La dirección provincial correspondiente del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, dictará resolución expresa y notificará en el plazo de 30 días, contados desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, el reconocimiento o denegación de la condición de persona asegurada o beneficiaria en los casos a los que se refiere este artículo.

Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el párrafo anterior sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional vigésima quinta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Las resoluciones, expresas o presuntas, dictadas por la entidad gestora serán recurribles en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.”

prensa como los medios de comunicación se habían hecho eco de la precaria situación sanitaria de los menores extranjeros no documentados. Hasta la aprobación de la LO 2/2009, la situación sufría de importantes carencias, pues éstos recibían el mismo trato que los mayores de edad en situación irregular. La LO 2/2009 legaliza, pues, la asistencia sanitaria de este colectivo que, hasta el momento, era una práctica aislada, y lo hace en las mismas condiciones que los españoles.¹²²⁶

1.4.2. Extranjeras embarazadas

De este colectivo se encarga el art. 12.4 LO 2/2009 al disponer que las extranjeras tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto, en las mismas condiciones que las españolas.¹²²⁷

La asistencia sanitaria, cubre no sólo la propia del período de gestación y alumbramiento sino, además, cualquier otra causa derivada del embarazo o parto.¹²²⁸

La mera presentación de la embarazada en el centro sanitario bastará para que se le entregue un documento acreditativo de su derecho con independencia de su situación administrativa en España.¹²²⁹

¹²²⁶ MASSÓ GARROTE, M. F.; Nuevo Régimen de Extranjería. Comentarios, Procedimientos, Formularios y Modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000. La Ley. Madrid. 2001, p. 167. MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1209; y USÚA PALACIOS, F.; en AA.VV.; MOYA ESCUDERO, M.; Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería. Comares. Granada. 2001, p. 645.

¹²²⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; La Protección de Seguridad Social..., op. cit., pp. 126-127, estos autores entienden que se “trata de una ampliación del ámbito subjetivo de protección del art. 12.1 LOEx...”, “...el precepto no pretende establecer el criterio de igualdad de trato de tales extranjeros...”, “...estimamos que al utilizar dicha expresión se está otorgando un derecho absoluto y pleno a la asistencia sanitaria en los casos de tratamiento de urgencia y embarazo”. BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A.; “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería...”, op. cit., pp. 11-12.

¹²²⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros en España”. Revista Doctrinal Aranzadi Social num.21/2001 parte Estudio. Aranzadi. SA. Pamplona. 2001, p. 11.

¹²²⁹ DE VAL TENA, A. L.; El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección..., op. cit., p. 1446.

Este precepto parece tener su origen en la presunción *iuris et de iure* de reciprocidad para la asistencia sanitaria por maternidad con la única diferencia será no encontrarse en situación regular en España.¹²³⁰

Esta regulación recoge, en líneas generales, los aspectos esenciales de la normativa de ámbito internacional que deriva de la OIT¹²³¹. Especialmente el Convenio nº 3 de 1919¹²³², relativo al empleo de mujeres antes y después del parto, que establecía que “la mujer tendrá derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona”.¹²³³ Convenio que fue revisado por el Convenio 103 de 1952¹²³⁴, que establece que “Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas”¹²³⁵. Por otra parte, el Convenio 102 de 1952¹²³⁶ reconoce tanto el derecho a la asistencia sanitaria por maternidad, al regular la asistencia médica por estado mórbido, embarazo, parto y sus consecuencias, así como la asistencia prenatal durante el parto y asistencia puerperal por médico o comadrona diplomada, incluyendo la hospitalización cuando fuere necesaria.¹²³⁷

Se observa, en definitiva, que en líneas generales, la regulación recoge aspectos esenciales de la OIT y normativa internacional.

¹²³⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria...”, op. cit., p. 389.

¹²³¹ Ampliamente GORELLI HERNÁNDEZ, J.; La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997.

¹²³² Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Entrada en vigor: 13 junio 1921)

¹²³³ Art. 3 c)

¹²³⁴ Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103)

Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Entrada en vigor: 07 septiembre 1955)

¹²³⁵ Art. 4.3

¹²³⁶ Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)

Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social (Entrada en vigor: 27 abril 1955)

¹²³⁷ Art. 10 LO 2/2009. MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1209.

En relación a la interrupción voluntaria del embarazo, la LO 2/2009 no hace referencia a la misma. En debate parlamentario se discutió sobre esta posibilidad y la extensión a ese supuesto. Parece que podría incluirse esta asistencia a la extranjera atendiendo al RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud¹²³⁸, que incluye la interrupción voluntaria del embarazo en la asistencia sanitaria, en los supuestos que contempla la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.¹²³⁹ Si las extranjeras tienen derecho a la asistencia sanitaria y dentro de ésta, se contempla la interrupción voluntaria del embarazo, la conclusión será el reconocimiento de este derecho a las extranjeras irregulares¹²⁴⁰.

En cualquier caso, la regulación española se refiere a supuestos de exención de responsabilidad penal cuando en un aborto voluntario concurren determinadas circunstancias que se prevén en el Código Penal. Ahora bien, para practicar el aborto gratuitamente, en centros sanitarios públicos, dependerá de la situación administrativa en la que se encuentre la mujer extranjera. No obstante, debemos destacar que tendrán derecho a la asistencia sanitaria de urgencia si se considera que existe riesgo vital para la gestante¹²⁴¹.

2. LA ASISTENCIA SOCIAL

2.1. Breve delimitación conceptual y caracteres de la asistencia social

La asistencia social en el ámbito internacional se recoge en el art. 14 de la Carta Social Europea¹²⁴², que considera servicios sociales todos los que

¹²³⁸ BOE de 10 de febrero 1995

¹²³⁹ BOE de 24 de Noviembre de 1995. Revisión vigente desde 01 de Julio de 2015 hasta 28 de Octubre de 2015.

¹²⁴⁰ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., pp. 82-83.

¹²⁴¹ DE VAL TENA, A. L.; El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección..., op. cit., pp. 1446-1447.

¹²⁴² Art. 14 CSE. "Derecho a los beneficios de los servicios sociales. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la

contribuyan al bienestar y desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como su adaptación al medio o entorno.¹²⁴³

En nuestro Derecho interno, en cambio, se ha utilizado tradicionalmente la expresión “prestaciones asistenciales” para hacer referencia a las prestaciones recogidas en la Ley 45/1960, de 21 de julio¹²⁴⁴ por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro, cuyo Título II se denominó “Fondo Nacional de Asistencia Social”. Estas prestaciones eran las que derivaban de la citada normativa y que en nuestro Ordenamiento recibían la denominación de “asistenciales”, incluso por las propias normas de Seguridad Social. Este sería el significado jurídico predominante de las mismas.¹²⁴⁵

La asistencia social se puede definir, en nuestro ordenamiento, de manera residual respecto de la Seguridad Social por la libertad de apreciación de la entidad dispensadora, por un lado, y por la falta de plenitud del derecho a las prestaciones de Asistencia Social, por otro.¹²⁴⁶ La doctrina constitucional se ha referido a ella en sentido abstracto, entendiendo que abarca “una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de éstos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean.” La Asistencia Social se entendería como una “técnica pública de protección” que se distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces.¹²⁴⁷

Al igual que ocurre en otros países europeos, hay una mutación en el papel que desarrollaba el aseguramiento social que ha sido suplantado por la asistencia

comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.”

¹²⁴³ AA.VV.; CAMPO CABAL, J. M. (Coord.); Comentarios a la Ley de Extranjería..., op. cit., p. 121.

¹²⁴⁴ BOE de 23 de julio de 1960

¹²⁴⁵ HURTADO GONZÁLEZ, L.; “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”. Actualidad Laboral n. 25. Junio 1993, p. 464.

¹²⁴⁶ HURTADO GONZÁLEZ, L.; “Asistencia Social y Seguridad Social...”, op. cit., p. 467.

¹²⁴⁷ STC 146/1986 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1986

social basada en principios de solidaridad. Por lo que uno de los rasgos más significativos de la evolución de la Seguridad Social es, precisamente, la consolidación de las prestaciones no contributivas y, en consecuencia, la tendencia a la universalización radical, plena e inmediata. Estas prestaciones conllevan una ampliación de la cobertura tradicional pues se originan en derechos subjetivos perfectos, muy alejados de la beneficencia de anteriores siglos.¹²⁴⁸

A partir de la CE no se ha podido configurar propiamente un “sistema de Seguridad Social” integrado por todos los dispositivos protectores de alcance social, sino sólo un “Subsistema de Seguridad Social” en el seno del que podría denominarse “Sistema de Protección Social”, que estaría constituido por tres grandes pilares: el “Subsistema de Seguridad Social”, el “Subsistema Sanitario” y el “Subsistema Asistencial”. No podemos confundir “Sistema de Seguridad Social” con “Sistema de Protección Social”, pues deviene técnica y jurídicamente imposible, ya que se trata de un problema de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.¹²⁴⁹

Las características esenciales de la asistencia social son: la tutela genérica, frente a la tutela específica propia de la Seguridad Social; la exigencia de demostrar la necesidad que se tiene de ella; la subsidiariedad; el carácter alimenticio; la adaptación de la prestación a la necesidad real; y la determinación acerca de si las prestaciones previstas se perciben en efecto por todos los que tienen derecho a ellas y en la medida en que lo tienen.¹²⁵⁰

Respecto a la protección otorgada por la Seguridad Social se pueden distinguir, las prestaciones no contributivas de Seguridad Social de carácter básico, y las prestaciones asistenciales de carácter complementario¹²⁵¹. Es esta última la

¹²⁴⁸ DE LA VILLA GIL, L. E.; Reforma de la seguridad social y estado del bienestar en España. En AA.VV.; Reforma Laboral, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente. Consejo General del Poder Judicial. Zaragoza. 1997, pp. 365-366.

¹²⁴⁹ DE LA VILLA GIL, L. E.; Reforma de la seguridad social..., op. cit., pp. 361-362.

¹²⁵⁰ FERNANDEZ COLLADO. P. 173

¹²⁵¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España. Consejo Económico y Social. Madrid. 2002, pp. 37-38.

que se denomina por la doctrina asistencia social interna¹²⁵², y es proporcionada por la Seguridad Social para los beneficiarios, al ser una competencia exclusiva del Estado¹²⁵³; por encontrarse dentro del Sistema¹²⁵⁴, que incluye también los Servicios Sociales.¹²⁵⁵ La asistencia social interna deberá, además, coordinarse con la asistencia social que asuman las Comunidades Autónomas.¹²⁵⁶

2.2. El derecho de los extranjeros a la Asistencia Social interna de la Seguridad Social

El art. 14 LO 2/2009, señala que “Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

En consecuencia, la Asistencia Social interna y las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, se entienden comprendidas en el art. 14.1 LO 2/2009, que se refiere a “las prestaciones y servicios de la Seguridad Social”. Al referirse genéricamente a prestaciones o servicios públicos distintos de los que gestiona la Seguridad Social y que, en el caso de prestaciones económicas, se podrían situar más bien en la “Asistencia Social”, al no distinguir el destinatario, cabe entender que alude a servicios y prestaciones sociales de carácter estatal, autonómico y municipales, que serán accesibles a los extranjeros residentes en las mismas condiciones que los españoles. En este supuesto, se trata de derechos no vinculados de forma específica al trabajo por cuenta ajena o propia, ni a la condición de inmigrante, que conlleva generar derechos propios para sus familiares, además del acceso a esos

¹²⁵² ST

¹²⁵³ Art. 149.1.17 CE

¹²⁵⁴ Art. 38.2 LGSS

¹²⁵⁵ Art. 38.1.e) LGSS

¹²⁵⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; Las pensiones no contributivas..., op. cit., pp. 37-38. Art. 148.1.20 CE

derechos y prestaciones a quienes residan en nuestro país, por motivos distintos a la inmigración.¹²⁵⁷

En ese sentido, parece que el art.14.1 LO 2/2009 llevaría implícitamente una ampliación de lo que venía estableciendo el art. 7.5 LGSS, el cual limitaba esas prestaciones a los procedentes de determinados países, o los que estaban amparados por convenios de reciprocidad, y que, por ello mismo, puede quedar superado en su ámbito subjetivo de acción¹²⁵⁸.

2.3. El derecho de los extranjeros a la Asistencia Social externa a la Seguridad Social

2.3.1. Prestaciones y servicios sociales: delimitación

El art. 14.2 LO 2/2009 dispone que “los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles”, “En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.”

Dicho precepto parece referirse a la asistencia social externa a la Seguridad Social, es decir, a los servicios y prestaciones de protección social no incardinadas en lo que estrictamente constituye el sistema de Seguridad Social. El citado artículo, en todo caso, tendrá una virtualidad relativa: de un lado porque aunque se reconozca con carácter general ese derecho, el acceso efectivo a las prestaciones dependerá de lo que establezca la norma correspondiente, estatal o autonómica; y de otro lado, porque nada impide que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, reconozcan

¹²⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Seguridad social y los inmigrantes extracomunitarios. Relaciones Laborales. 1/2001 p. 14.

¹²⁵⁸ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., p. 29.

otros derechos o beneficios de asistencia social en favor de los inmigrantes, más allá de esa cláusula general.¹²⁵⁹

Por su parte, el apartado 3 del art. 14 LO 2/2009 señala que, “los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”. La mayor virtualidad del precepto reside en la enorme amplitud de su ámbito subjetivo, que no queda limitado por circunstancias relacionadas con la situación administrativa del extranjero en España. Desde un punto de vista objetivo se ofrece una previsión prácticamente ilimitada, pues puede dar cabida a numerosas prestaciones y beneficios siempre que tengan carácter “básica”, la cual parece remitir al concepto de ayuda humanitaria o de subsistencia. Así, el precepto puede quedar en una mera declaración retórica, en una pura expresión del ánimo del legislador de atender al inmigrante, dado que, precisamente por su extremada generalidad y por ausencia total de precisión sobre su posible contenido, el acceso a esas prestaciones (estatales o de otras Administraciones Públicas) dependerá, sobre todo, de lo que disponga la norma correspondiente, o, más aún, del presupuesto que en cada momento se habilite a tales fines. Habrá que esperar también a la actitud de las Administraciones afectadas o aludidas por el precepto, puesto que bien pudiera suceder que, hecha esa declaración formal queden tranquilizadas las conciencias, y la generosidad que se propone y se proclama, brille por su ausencia a la hora de la verdad. El precepto, en definitiva, puede quedar en papel mojado.¹²⁶⁰

La técnica jurídica empleada en estos preceptos ha sido muy criticada por la doctrina, que recalca la necesidad de delimitar los términos “prestaciones y servicios sociales” y de distinguir la extraña clasificación en “generales y básicas” y “específicas”¹²⁶¹, además de la consiguiente confusión de términos que conlleva la Asistencia Social y la Seguridad Social Asistencial.¹²⁶²

¹²⁵⁹ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., p. 29.

¹²⁶⁰ GARCIA MURCIA, J.; “Derechos Laborales...”, op. cit., p. 29

¹²⁶¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; La Protección de Seguridad Social..., op. cit., pp. 98-99. MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., pp. 1212-1213,

2.3.2. El carácter “general”, “básico” y “específico” de las prestaciones y servicios sociales

Uno de los problemas principales es determinar cuáles son los servicios y prestaciones sociales que cita el art. 14 LO 2/2009, pues establece una clasificación que no es propia de nuestro ordenamiento. Distingue entre generales y básicas, y no está claro si se hace referencia a la misma categoría o a categorías diferentes, y específicas. La terminología no es propia de nuestro sistema y no tiene parangón en nuestra regulación de Seguridad Social¹²⁶³. En cualquier caso, lo que el confuso precepto viene a establecer es el acceso de los extranjeros residentes a la Seguridad Social voluntaria.¹²⁶⁴

Esta determinación resulta baladí si tenemos en cuenta que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, tendrán acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas; mientras que para las específicas, se requiere la residencia legal.¹²⁶⁵

Así, debemos dar solución a la individualización de los servicios y prestaciones que la ley denomina “básicos” como estándar mínimo de protección social que parece deducirse del art. 14 apartados 2 y 3 LO 2/2009, a favor de los inmigrantes más desfavorecidos o desprotegidos por su situación administrativa. Si interpretamos sistemáticamente el contenido de la Ley de Extranjería, se descarta de entrada la posibilidad de que éstos hagan alusión a la asistencia sanitaria, que ya está recogida en el art. 12 LO 2/2009. Con lo cual, parece que se refiere a otro tipo de asistencia, prestaciones y servicios sociales: la asistencia necesaria para la recuperación profesional, y las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, invalidez, jubilación,

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Seguridad social y los inmigrantes..., op. cit., p. 11, que alude a criterios interpretativos. RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 32, la cual establece que las formas de imprecisión son buscadas por el legislador en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_261_3.pdf

¹²⁶² FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; Las pensiones no contributivas..., op. cit., p. 31.

¹²⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; La Protección de Seguridad Social..., op. cit., pp. 98.

¹²⁶⁴ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajadores extranjeros...”, op. cit., p. 31.

¹²⁶⁵ FERNÁNDEZ COLLADOS, B., El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 175.

desempleo, muerte y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo, etc. Esta interpretación no deja de ser, sin embargo, confusa.¹²⁶⁶

Para un sector de la doctrina, la distinción que comprenda como básicos aquéllos que cubran las necesidades de carácter vital (como pueden ser sanitarios, educativos, de atención social para personas en situación de especial necesidad, ya sea por una determinada edad como por otras circunstancias sociales o personales), aunque la Ley de Extranjería no atiende estas cuestiones, tampoco podría ya que no es su competencia pues tanto normativa como administrativamente, la competencia en relación a los servicios sociales es autonómica e, incluso, local. La competencia de las prestaciones que garantizan la igualdad en el acceso a la educación, a la sanidad, la atención social, la asistencia social de mujeres víctimas de violencia de género, las que garantizan un ingreso mínimo de carácter vital, están distribuidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que impide la extensión del ámbito subjetivo de los servicios y las prestaciones.¹²⁶⁷

La incidencia en el adjetivo “básicas”, podría equipararse a esencial para la supervivencia e incluiría, exclusivamente, las rentas mínimas garantizadas de las Comunidades Autónomas¹²⁶⁸.

La cuestión que debe plantearse es la razón que lleva al legislador a no reconocer a los extranjeros no residentes el derecho a las prestaciones no contributivas, prestaciones que pueden ser tan necesarias para la subsistencia como las prestaciones sociales básicas. Especialmente cuando ni la cuantía de

¹²⁶⁶ DÍAZ MARTÍN, J. M.; Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales. En AA.VV.; ASENSI SABATER, J. (Dir.); Comentarios a la Ley de extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Edijus. 2001. Zaragoza, pp. 142-143.

¹²⁶⁷ IÑIGUEZ HERNANDEZ,; En AAVV. SANTOLAYA MACHETTI.(Coord.); Comentario a la Ley de Extranjería. Lex Nova. p. 110.

¹²⁶⁸ ESPLUGUES MOTA, Nacionalidad y Extranjería. Tiran lo Blanch. Valencia. 2010, p. 144, y p. 127. SALINAS MOLINA, F.; Cuadernos de derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 2010, p. 104

las mismas, ni las condiciones de acceso, “hacen pensar en situaciones más abusivas que las que se darían en el caso de las prestaciones sociales”.¹²⁶⁹

La referencia a servicios y prestaciones “generales y básicos” o específicos no es clara y aunque puede aludir en cuanto a los servicios sociales a la diversidad de planos que contempla la legislación autonómica entre los servicios genéricos y servicios especializados por sectores o para particulares colectivos, lo que puede incluir también servicios y prestaciones dirigidas a los propios inmigrantes no sólo para facilitarles el acceso a esos servicios sociales, sino, también, para contemplar la problemática específica derivada del hecho de la inmigración.¹²⁷⁰

Sin embargo, las normas de referencia no diferencian entre servicios sociales básicos y específicos, sino que cada Comunidad Autónoma los denomina de una forma concreta: comunitarios y especializados, comunitarios o generales y especializados, comunitarios y específicos, de base y especializados, generales y específicos, etc.¹²⁷¹

Los comunitarios, de base, generales, básicos o de atención primaria, tienen como finalidad el logro de mejores condiciones de vida para el pleno desarrollo de los ciudadanos y de los grupos en que se integran, mediante una atención integrada y polivalente.¹²⁷²

Los servicios sociales especializados se dirigen a beneficiar a determinado colectivo de personas claramente identificables por una serie de concretas situaciones o carencias. Y los servicios sociales de atención primaria o básicos, al contrario de los anteriores, puede entenderse mejor si se opone a los servicios sociales especializados, respondiendo a necesidades básicas de la

¹²⁶⁹ BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A.; “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería...”, op. cit., pp. 19. EN EL CORREO 2ª cita de esta

¹²⁷⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; Seguridad social y los inmigrantes..., op. cit., p. 14.

¹²⁷¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, B., El estatuto jurídico del trabajador..., op. cit., p. 176.

¹²⁷² ALONSO GARCÍA, B.; El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. Revista Española de Derecho del Trabajo, p. 205.

persona: necesidad de información para promover la igualdad de oportunidades y evitar procesos de marginación; necesidad de accesibilidad, entre otras.¹²⁷³

Según la generalidad de las leyes de servicios sociales, estos servicios básicos constituyen el cauce normal de acceso al Sistema y prestan una atención integrada y polivalente en el ámbito más próximo al ciudadano y a su entorno familiar y social, correspondiendo su creación, organización y gestión a las diferentes entidades locales. Atendiendo a la diferente configuración mostrada, se puede plantear el problema de que exista una cierta diferenciación en cuanto a los servicios sociales a los que pudiera tener acceso un inmigrante, dependiendo del territorio donde resida o se encuentre; así cabría preguntarse, por ejemplo, si no tendrían derecho al servicio social de Inserción Social los inmigrantes que se encuentran en Baleares puesto que su respectiva Ley autonómica no lo reconoce como básico. Por ello, sería recomendable una homogeneización, en todo el Estado, del contenido de estos servicios, lo que no deja de ser un cierto *desideratum*, pues las diferentes Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva en materia de política social, resultando de dudosa legalidad que algo así fuera impuesto desde la Administración central al resto de la Administración autonómica.¹²⁷⁴

Así, dependerá de cada Comunidad Autónoma la consideración de unos servicios como básicos y, en función de donde se encuentre el extranjero, tendrá derecho o no a determinados servicios y prestaciones. En relación a los salarios sociales o rentas mínimas, por criterios de razonabilidad entendemos que únicamente los extranjeros residentes tendrán derecho a los mismos, pues los citados salarios sociales consistirán en una prestación económica con el fin

¹²⁷³ MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1213.

¹²⁷⁴ El Derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros. (Estudio de los apartados 2 y 3 del Art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72) , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BIB 2005\1799 Leopoldo Olmo Fernández-Delgado. Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación: Consejería de Trabajo y Política Social. Comunidad Autónoma de la Región de Murcia Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social num.11/2005 parte Estudio Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2005. P. 7

de aliviar una situación de necesidad (v. gr. encontrarse con bajo nivel de ingresos) y, en principio, los extranjeros en situación irregular no tendrían derecho a prestación económica alguna con cargo al Estado.¹²⁷⁵

Conviene resaltar que todos los sistemas de rentas mínimas establecen obligaciones y compromisos para acceder a la prestación así como la obligatoriedad, más o menos acentuada, de seguimiento de un plan para la inserción o de la aceptación de un empleo de utilidad colectiva. Las Comunidades Autónomas gozan de un amplio margen de maniobra para incluir a colectivos que residan en ellas, al margen de su nacionalidad, si bien las normativas reguladoras de estas prestaciones económicas exigen la acreditación de un determinado período de residencia por quienes aspiran a ser beneficiarios de ellas en el momento de dictarse la medida o de presentarse la solicitud correspondiente.¹²⁷⁶

Estaríamos ante una prestación de asistencia social específica, pues de su contenido y de su campo de aplicación, dirigido a los residentes con un cierto arraigo en el territorio de una Autonomía, se desprende que precisa de una serie de actuaciones específicas (reinserción), por lo que, de acuerdo con el artículo 14.2 LO 2/2009, no bastaría el simple empadronamiento, aunque sólo éste se exigiera por la respectiva Comunidad Autónoma. Tal restricción residencial obedece a dos causas. Por un lado, el hecho de que la prestación económica lleva consigo la inclusión del beneficiario en un servicio social y la adopción por el mismo de unos comportamientos destinados a promover su inserción social, propósitos que resultarían de difícil cumplimiento si no se exigiera un mínimo «arraigo» en la Comunidad en la que se intenta integrar, evitando así la tendencia de ciertos colectivos marginales al cambio de residencia. Y, al mismo tiempo se alcanza una cierta finalidad «antinmigratoria», al establecerse un mecanismo que impide el desarrollo de

¹²⁷⁵ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma..., op. cit., p. 77.

¹²⁷⁶ MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1189.

flujos migratorios ficticios¹²⁷⁷, alimentados por la creación del ingreso mínimo de inserción¹²⁷⁸.

Será necesario que el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, regulen conjuntamente esta materia para poder construir subcomisiones en el seno de comisiones bilaterales de cooperación entre Estado y las Comunidades Autónomas, en concordancia con los respectivos Estatutos de Autonomía, ya analizar cuantas cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que les afecten directamente”¹²⁷⁹, que atribuye las competencias de las CCAA en “materia de asistencia social”, en atención a la situación territorial y a la especial incidencia del fenómeno migratorio.¹²⁸⁰

2.4. La renta activa para extranjeras víctimas de violencia de género

La renta activa de inserción¹²⁸¹ tiene como objetivo incrementar las oportunidades de inserción en el mercado de trabajo de los trabajadores desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo y, en el caso de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género, faculta a otorgar una ayuda económica para este mencionado colectivo. Uno de los requisitos es o haber sido beneficiario del Programa de RAI en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud del derecho a la admisión del programa, salvo en el caso de víctimas de violencia género o víctimas de violencia doméstica y personas con discapacidad¹²⁸².

Como veremos a continuación, será una condición *sine qua non*, acreditar la condición de víctima de violencia de género o víctima de violencia doméstica mediante certificación de los Servicios Sociales de la Administración

¹²⁷⁷ MERCADER UGUINA, J. R.; La protección social..., op. cit., p. 1190.

¹²⁷⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; “La protección social de los extranjeros...”, op. cit., p. 15.

¹²⁷⁹ Disposición adicional segunda LO8/2000

¹²⁸⁰ ALONSO GARCÍA, B.; El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. Revista Española de Derecho del Trabajo, p. 7

¹²⁸¹ En adelante RAI.

¹²⁸² https://www.sepe.es/contenidos/ga/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_prestaciones/foll_eto_rai_esp.pdf

competente o del centro de acogida, por resolución judicial, orden de protección o informe del Ministerio Fiscal.

Si las víctimas de violencia de género o víctimas de violencia doméstica están obligadas a cambiar su residencia en los 12 meses anteriores a la solicitud de admisión al Programa o durante su permanencia en éste percibirán en un solo pago una ayuda suplementaria de tres meses de Renta, previa solicitud por los procedimientos establecidos en el Servicio Público de Empleo Estatal, en los registros del Servicio Público de Empleo o de otras Administraciones, incluidas las locales con las que exista convenio, en cualquier oficina de registro público o dirigiéndose por correo administrativo.¹²⁸³

La única incompatibilidad de las ayudas sociales reconocidas a las víctimas de violencia de género, será la no participación en programas de empleo.¹²⁸⁴

Según lo dispuesto en el art. 31. bis LO 2/2009 “Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.”

Si al denunciar la situación de violencia de género la mujer extranjera estuviera en situación irregular, el expediente administrativo sancionador que procede por constituir una infracción grave su situación administrativa¹²⁸⁵, será suspendido hasta que se resuelva el procedimiento penal.¹²⁸⁶

¹²⁸³ https://www.sepe.es/contenidos/ga/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_prestaciones/foll_eto_rai_esp.pdf

¹²⁸⁴ https://www.sepe.es/contenidos/ga/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_prestaciones/foll_eto_rai_esp.pdf

¹²⁸⁵ Art. 53 LO 2/2009 “1. Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.”

¹²⁸⁶ Art. 31 Bis. 2 LO 2/2009

La mujer extranjera en la citada situación irregular podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales desde el momento en el que se dicte la orden de protección o, a falta de ésta, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de un caso de violencia de género. Al igual que ocurre con la suspensión del expediente sancionador por encontrarse en situación irregular, la autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal.¹²⁸⁷ En este supuesto, la autoridad competente para conceder la autorización por circunstancias excepcionales podrá otorgar una autorización provisional hasta que se resuelva sobre la autorización por circunstancias excepcionales.¹²⁸⁸

Si el procedimiento penal concluye con una sentencia condenatoria, se notificará a la mujer extranjera víctima de violencia de género la residencia temporal y de trabajo solicitada, en caso de no haberla solicitado, se le informará que tiene la posibilidad, dentro de un plazo determinado, de requerir una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.¹²⁸⁹

No obstante, si una vez concluido el procedimiento penal no se pudiera demostrarse la situación de violencia de género, en este momento, continuará el expediente administrativo sancionador que quedó suspendido por el procedimiento penal.¹²⁹⁰

En el caso de obtener la orden de protección, la inmigrante en situación irregular tendrá derecho a solicitar la autorización de residencia y trabajo y, tras ésta, la ayuda contemplada en el art. 27¹²⁹¹ de la Ley Orgánica 1/2004, de 28

¹²⁸⁷ Art. 31 Bis 3 LO 2/2009

¹²⁸⁸ Art. 31 Bis 3 LO 2/2009

¹²⁸⁹ Art. 31 Bis 4 LO 2/2009

¹²⁹⁰ Art. 31 Bis 4 LO 2/2009

¹²⁹¹ Art. 27 LO 1/2004 "1. Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional. 2. El importe de esta ayuda será equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo. Cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, el importe sería equivalente a 12 meses de subsidio por desempleo. 3. Estas ayudas, financiadas con cargo a

de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹²⁹², ya que la LO 2/2009 garantiza este derecho “cualquiera que sea su situación administrativa”.

CONCLUSIONES

1. El concepto de extranjero lleva aparejado, en la mayoría de los casos, el de inmigrante. La nacionalidad permite la identificación de un sujeto con un Estado concreto o con una Comunidad atribuyendo al mismo un régimen jurídico determinado y diferente del aplicable a los nacionales de terceros países o extracomunitarios.
2. El profundo cambio producido por el fenómeno migratorio en las últimas décadas, ha hecho necesario adaptar la normativa reguladora de extranjería a la realidad social que supone la entrada, estancia y el trabajo de los extranjeros en España.

los Presupuestos Generales del Estado, serán concedidas por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales. En la tramitación del procedimiento de concesión, deberá incorporarse informe del Servicio Público de Empleo referido a la previsibilidad de que por las circunstancias a las que se refiere el apartado 1 de este artículo, la aplicación del programa de empleo no incida de forma sustancial en la mejora de la empleabilidad de la víctima. La concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de esta Ley. 4. En el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de 18 meses de subsidio, o de 24 meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley. 5. Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.”

¹²⁹² BOE de 29 de diciembre de 2004

3. Se observa una positiva evolución normativa en la progresiva eliminación de términos como trabajador “legal” o “ilegales” y su sustitución por la de trabajadores en situación “regular” o “irregulares”, contribuyendo ello a un importante cambio en la concepción jurídica y social sobre la inmigración en la medida que ninguna persona debe considerarse “ilegal”.

4. Las normas sobre extranjería en España se han sucedido rápidamente y tienden a ofrecer una mayor protección de los extranjeros en España en consonancia con la Constitución Española y los Tratados Internacionales. El reconocimiento de derechos a los inmigrantes va caminando hacia la equiparación entre extranjeros y nacionales, y ésta equiparación es plena cuando el extranjero se encuentra en situación regular en nuestro país.

5. El Tribunal Constitucional reconoce el derecho al trabajo a los españoles siendo posible la desigualdad en cuanto al acceso al mercado laboral de los extranjeros. Así, nuestro ordenamiento exige a los extranjeros la obtención de una autorización de residencia y de trabajo por cuenta ajena, resultando imprescindible dichos requisitos para que el ordenamiento jurídico laboral despliegue sus efectos en toda su extensión. La obtención de estos requisitos equipara a extranjeros y nacionales en el marco jurídico laboral.

Es, por tanto, la ausencia de los requisitos administrativos exigidos lo que deja a los extranjeros en una confusa situación jurídica en la medida en que, por un lado, son acreedores de ciertos derechos laborales y de Seguridad Social por parte de la normativa internacional y de la normativa laboral general y específica de extranjería y, por otro lado, no pueden equipararse a los derechos que disfrutaban los nacionales o los extranjeros que cumplen la legalidad.

6. Los derechos y obligaciones del trabajador extranjero en situación regular derivan del contrato de trabajo celebrado, mientras que los derechos de los trabajadores en situación irregular derivan, por un lado, de la normativa internacional y, por otro lado, de la propia relación de trabajo que delimita el Estatuto de los Trabajadores. Así, el trabajador extranjero cuenta a su favor con la presunción de laboralidad que establece el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores cuando la prestación de servicios que realiza el mismo reúne los requisitos del art. 1.1 del ET. De la propia consideración de trabajador se despliegan, en todo caso, determinados derechos laborales y de Seguridad Social.
7. El Tribunal Supremo confirmó la validez del contrato de trabajo celebrado con extranjeros en situación irregular, con la reforma de 2003, si bien ello no permite atribuir la totalidad de los derechos derivados del contrato como ocurre, por ejemplo, con las prestaciones por desempleo.
8. Especial interés adquiere el artículo 36.5 de la Ley de Extranjería que, tras multitud de debates e interpretaciones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, reafirma la validez del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular y, en consecuencia, le atribuye la titularidad de derechos laborales y de Seguridad Social propios de toda relación laboral.
9. Conforme a lo anterior, en materia de derechos colectivos, antes de la reforma de 2009 se distinguía entre titularidad y ejercicio para privar a los extranjeros en situación irregular del disfrute de determinados derechos. Esa restricción, contraria a los Tratados y Convenios Internacionales, se consideró inconstitucional por el TC al entender que derechos como el de reunión, asociación y libertad sindical son derechos fundamentales que se predicán de cualquier persona, sin requerir, por tanto, la condición de trabajador para su ejercicio. El disfrute de la mayoría de los derechos colectivos queda así, a diferencia de los

derechos laborales y de Seguridad Social, desvinculado del concepto de trabajador.

10. El acceso de los extranjeros al nivel contributivo de la Seguridad Social requiere encontrarse en situación regular en España, pues en consonancia con el funcionamiento del sistema de Seguridad Social, los requisitos para causar pensión son encontrarse de alta y acreditar un determinado periodo de cotización para lo que es imprescindible la autorización para trabajar.

En caso de contingencias profesionales y accidente de trabajo puede afirmarse que los extranjeros en situación irregular quedan protegidos por el Sistema español de Seguridad Social, aunque carezcan de la autorización para trabajar. Así lo ha señalado el TS en base al Convenio n. 19 de la OIT y a la Recomendación n. 25 de la OIT.

11. En cuanto al derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros irregulares, la regulación española resulta caótica debido a los numerosos e importantes cambios que en esta materia se han producido en los últimos años. Actualmente, tras la reforma de 2015, los extranjeros en situación irregular que estén en posesión del certificado de empadronamiento en el municipio donde residan de forma habitual, permite obtener la condición de asegurado y, en consecuencia, el acceso al sistema nacional de salud.

El concreto alcance de este derecho es menor, lógicamente, que el de los extranjeros en situación regular.

12. Resulta conveniente recordar que, en todo caso, las extranjeras embarazadas durante el embarazo, parto y postparto, y los menores de edad, tienen reconocida la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles por constituir colectivos especialmente vulnerables.

13. Respecto al ámbito de la asistencia social, puede afirmarse que la Ley de Extranjería la contempla este derecho de una forma muy tímida y confusa. En cualquier caso, aunque la normativa de extranjería la regulara de forma explícita y concreta, hay que tener en cuenta que la protección social no es competencia estatal, por lo que corresponde a las Comunidades Autónomas e, incluso, a las Corporaciones Locales la regulación sobre la materia. La disparidad de regulaciones genera situaciones de desigualdad entre las Comunidades Autónomas, siendo deseable una cierta coordinación entre las Administraciones responsables en aras de establecer un sistema más homogéneo que evite el llamado “efecto llamada” o el “turismo sanitario”.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Gobierno de Cantabria. 2003.

AA.VV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II. Gobierno de Cantabria. 2003.

AA.VV.; La inmigración. Derecho español e internacional. Bosch. Barcelona. 1995.

AA.VV.; Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992.

AA.VV.; Movimientos migratorios y derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2004.

AA.VV. MORENEO PÉREZ, J. L. (Coord.); Derecho de huelga y conflictos colectivo. Estudio crítico de la doctrina jurídica. Comares. Granada. 2002.

ABARCA JUNCO, A. P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MARTÍN DÉGANO, I. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.; Inmigración y Extranjería. Régimen Jurídico Básico. Colex. Madrid. 2007.

ABARCA JUNCO, P.; Legislación de derecho de la nacionalidad y derecho de extranjería. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

ACOSTA ESTÉVEZ, JOSÉ B.; El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho español. Cedecs. Barcelona. 1997.

ADROHER BIOSCA, S. Y CHARRO BAENA, P. (autores); La inmigración: derecho español e Internacional. Bosch. Barcelona. 1995.

AGUELO NAVARRO, P. y G. CHUECA SANCHO, A.; La Constitución Europea y...los extranjeros. www.intermigra.info. 2005.

-La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. nº 22/2009.

AJA, E; Inmigración y Democracia. Alianza Editorial. Madrid. 2012.

AJA, E., MONTILLA, J. A. y ROIG, E.; Las Comunidades Autónomas y la Inmigración. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

ALARCÓN CARACUEL, M. R; Los derechos laborales individuales y de seguridad social de los inmigrantes. En Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes. CGPJ. Estudios de derecho Judicial. Madrid. 2006.

ALBIOL MONTESINOS, I.; Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral. Tiran lo Blanch. Valencia. 1998.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y SOBRINO HEREDIA, J. M.; Migraciones y desarrollo. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. Madrid. 2007.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.; La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada. 2010.

ALONSO GARCÍA, B.; "El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 11 LO 4/2000, de 11 de enero". Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas. Nº 110. Marzo-Abril 2002.

ALONSO OLEA, M.; La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española. En Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980.

-Libertad sindical y derecho de sindicación. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.; Derecho del trabajo. Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid. 1987.

ALONSO PÉREZ, F.; Régimen Jurídico del Extranjero en España. Comentarios, Jurisprudencia, Legislación y Formularios. Dykinson. Madrid. 2004.

ALONSO PÉREZ, M.T.; Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo (El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores a la vista del art. 36.3 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) Revista Española de Derecho del Trabajo nº 138/2008.

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.; Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario. Tecnos. Madrid. 2001.

-“Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”. Relaciones Laborales. I. 2001.

-“La condición de residencia como causa de suspensión o extinción de la protección por desempleo: la influencia de la doctrina judicial en el legislador comentario a las sentencias del tribunal supremo de 17 de junio de 2013, 17 de septiembre de 2013 y 23 de octubre de 2013.” Temas Laborales núm. 124/2014.

ALZAGA VILLAAMIL, O.; Comentarios a la Constitución Española de 1978. Edersa. Madrid. 1996.

AMAADACHOU KADDUR, F.; “Tratamiento de la inmigración ilegal en España”. Aranzadi Social. Nº 2/2011. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

ARAGÓN SÁNCHEZ, A.; La participación de los trabajadores en la empresa. Marcial Pons. Madrid. 2003.

ARANA GARCÍA, E.; “La huida del Procedimiento Administrativo Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería”. Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas Nº 121. Enero-Marzo 2004.

ARASTHEY SAHÚN, M. L.; “El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”. Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral. Nº 142. 2002.

ARGULLOL I MURGADAS, E.; Inmigración y transformación social en Cataluña, volumen II, Estudio jurídico comparado. Fundación BBVA. Generalitat de Catalunya. Departamento d’Interior. 2007.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.; La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Abecedario. Badajoz. 2009.

ASENSI SABATER, J. (Dir.); Comentarios a la Ley de extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Edijus. Zaragoza. 2001.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL; La responsabilidad del empresario. Laborum. Murcia. 2012.

AUBARELL, G. y ZAPATA-BARRERO, R.; Inmigración y procesos de cambio. Europa y el mediterráneo en el contexto global. Icaria. Barcelona. 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, F., MONTILLA MARTOS, J.A., RODRIGUEZ CANDELA, J.L.; Compendio práctico sobre extranjería e inmigración. Tecnos. Madrid. 2006.

BALLESTER PASTOR, M.A. y BLASCO PELLICER, Á.; “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”. Justicia Laboral Revista de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Lex Nova. Nº 2. Mayo 2000.

BALLESTER PASTOR, M. A.; El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios. Tirant Lo Blanch y Universidad de Valencia. 2006.

-Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002. Actualidad Laboral. nº 27/2003.

-El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; Protección contra la discriminación antisindical. Oficina Internacional del Trabajo. Suiza. 1976.

BAYLOS GRAU, A.; Inmigración y derechos sindicales. Bomarzo. Albacete. 2009.

-Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español. Revista de Derecho Social. nº 34/2006.

-Sindicalismo y derecho sindical. Bomarzo. Albacete. 2006.

-Derecho de huelga y servicios esenciales. Tecnos, Madrid. 1987.

-Titularidad y ejercicio del derecho de huelga: los inmigrantes irregulares como ejemplo. En CABEZA PEREIRO, J. Y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coord.). El conflicto colectivo y la huelga: estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez. Laborum. 2008.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.; “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”. Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 5/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.

BELTRÁN MIRALLES, S.; La regulación del derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO 8/2000. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003.

BENLLOCH SANZ, P. Guía práctica de contratación laboral de extranjeros. Aranzadi. Navarra. 2007.

BIURRUN ABAD, F. J., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.; Cuestiones laborales de derecho social comunitario. Aranzadi. Navarra. 2002.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2001.

BONET PÉREZ, J.; Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. nº 22. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003.

BORRAJO DACRUZ, E.; “Accidentes de trabajo y extranjería (1)”. Actualidad Laboral. nº 1. Enero 2009.

BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPIEDRA, D. (Coord.); Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009). Tiran Lo Blanch. Valencia. 2011.

BRIONES GONZÁLEZ, C.; La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: un estudio del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1995.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M.; Análisis General de la Normativa Estatal y Autonómica sobre Inmigración en España. Inmigración, cultura y factor religioso. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid. 2006.

CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N.; Tratamiento jurídico de la inmigración. Bomarzo. Albacete. 2008.

-“La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras”. Actualidad Laboral. Nº 3. Febrero 2008.

CAMAS RODA, F.; La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

CAMÓS VICTORIA, I.; Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por los trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar. Relaciones Laborales. nº 1/2004.

CAMPO CABAL, (Coord.); Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la ley Orgánica 8/2000). Civitas. Madrid. 2001.

CANOSA USERA, R.; El Derecho a la Integridad Personal. Lex Nova. Valladolid. 2006.

CARDENAL CARRO, M.; “Extranjero "ilegal" y ámbito de cobertura de la Seguridad Social.” Aranzadi Social vol.paraf.18 Aranzadi, SA, Pamplona. 1998.

CARRASCOSA BERMEJO, D.; Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (ST 18.03.2008, REC 200/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RD Ley 4/2008). En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.); Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento. Aranzadi. Navarra. 2011.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.; Los derechos socio-laborales de los extranjeros. En SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (Coord.); Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios). Librero-Editor. Murcia. 2005.

CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo de los extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2006.

-Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000: Comentario a las sentencias TC 236/2007, de 7 de diciembre y 256/2007, de 19 de diciembre. Revista Aranzadi Tribunal Constitucional, nº 20/2007. Aranzadi. Pamplona. 2007.

CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH, P.; Guía práctica de contratación laboral de extranjeros. Aranzadi. Navarra. 2007.

-Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo. BIB 2009/561. Aranzadi Social. nº 13/2009.

-Trabajadores extranjeros "ilegales" y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social (Comentario a la STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999 AS 1999/3206) BIB 1999/1889 Aranzadi Social. 1999.

-Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros. Aranzadi. Navarra. 2000.

COLOMER VIADEL, A.; Inmigrantes y Emigrantes. Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia. 2006.

COLSA SALIETO, J.; Situaciones de los extranjeros de terceros Estados en situación irregular en España. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.) Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010,

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; Derecho de Extranjería. Tribunal Supremo. Madrid. 2006.

-Reforma Laboral, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente. Madrid. 1997.

CRESPO VALERA, S.; en LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea". Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989.

CRUZ VILLALÓN, J.; Compendio de Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 2009.

-Estatuto de los Trabajadores comentado. Tecnos. Madrid. 2003.

-Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros. Novedades normativas en materia social. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2006.

-La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente. Trotta. Madrid. 1992.

DE ALBA BASTARRECHEA, E.; Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. BIB 2007/2913 Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. nº 21/2007. Aranzadi. Pamplona. 2007.

DE LA VILLA GIL, L.E.; "Inmigración y gobierno". En Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003.

DE LUCAS, N., MESTRE, R., PEÑA, S. y SOLANES, A.; Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos. Germanía. Valencia. 2006.

DE VAL TENA, Á. L.; "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud". Revista española de Derecho del Trabajo. Civitas. Nº 109. Enero-febrero. 2002.

DE VEGA GARCÍA, A. S.; "La clausula «extraordinaria y urgente necesidad» del Decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 68. Abril-Junio 1990.

DELGADO DEL RINCÓN, L. E.; "El Derecho a la Asistencia Sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril". Revista de Estudios Políticos (nueva época) 190. Nº. 163. Madrid. Enero-marzo. 2014.

DÍAZ AZNARTE, M. T.; El trabajador extranjero en situación administrativa irregular. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada. 2010.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.; Instituciones de Derecho Internacional Público, tomo I, Tecnos. Madrid. 2007.

DURÁN ALBA, J. F.; La restricción de los derechos políticos de los extranjeros. En GARCIA ROCA, J y SANTOLAYA, P.; La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.; Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000. Revista de Derecho Social. nº 13/2001.

-Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.); Inmigración y movilidad de los trabajadores. La Ley. Madrid. 2010.

-La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español. Tecnos. Madrid. 1990.

ESCUELA UNIVERSITARIA DE RELACIONES LABORALES; Jornadas sobre la Ley de Extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral. Proyecto Sur de Ediciones, S.L. Granada. 2001.

ESPINAR VICENTE, J. M.; Extranjería e inmigración en España. José M^a Espinar Vicente. Madrid. 2006.

-La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español. Civitas. Madrid. 1994.

-Comentarios a la nueva Ley de extranjería. Universidad de Alcalá de Henares. Madrid. 2001.

-Derecho internacional privado: la nacionalidad. TAT. Granada. 1988.

ESPLUGUES MOTA, C.; Comentarios a la ley de extranjería. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.

ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M.; El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. y DE LORENZO SEGRELLES, M.; Nacionalidad y Extranjería. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

- Nacionalidad y Extranjería. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004.

ESQUEMBRE VALDÉS, M^a. M.; Artículo 6. Participación Pública. En ASENSI SABATER, J.; Comentarios a la Ley de Extranjería. Editorial Edijus. Zaragoza. 2001.

ESTRADA CARRILLO, V.; Extranjería. Trivium. Madrid. 1993.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, N. (Dir.); Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica. Comares. Granada. 2011.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España. Laborum. Murcia. 2007.

-“Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo”. Revista Doctrinal Aranzadi Social. Nº 10/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

-“Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario irregular sobre la base del art. 36.3 LOE. Comentario a la STSJ Aragón de 1 abril de 2004 (AS 2004 3076)”. Aranzadi Social. nº 17/2004.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; Relevancia de la Seguridad Social en la regulación jurídica del trabajo de extranjeros, según la reforma-2009 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. BIB 2010/169. Aranzadi Doctrinal nº 1/2010.

-“La protección social de los extranjeros en España”. Revista Doctrinal Aranzadi Social. Nº21/2001 parte Estudio. Aranzadi, SA, Pamplona. 2001.

-Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España. Consejo Económico y Social. Madrid. 2002.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y FERNÁNDEZ PÉREZ. A.; Ley de extranjería y legislación complementaria Tecnos. Madrid. 2008.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.; El alcance de las obligaciones. En GARCIA ROCA, J y SANTOLAYA, P.; La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.; Derecho comunitario de la inmigración. Atelier. Barcelona. 2006.

FERNÁNDEZ SOLA, N. y CALVO GARCÍA, M.; Inmigración y Derechos. Mira Editores. Zaragoza. 2001.

FERRER PEÑA, R. M.; Los derechos de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989.

FITA ORTEGA, F.; La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

FORNER DELAYGUA, J. J. y OTROS; Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho (Madrid, Escuela Diplomática, 25 de mayo de 2006). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

GARCÍA MURCIA, J.; Inmigración y trabajo de extranjeros. Jornadas. Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias. Universidad de Oviedo. 2005.

-El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado. Aranzadi. Navarra. 2007.

-Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería. Tribuna Social. nº 122/2002.

GARCIA NINET, J. I.; Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los "sin papeles". Tribuna Social. nº 205/2007.

GARCÍA NINET, J. I. (Dir.); El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014. Atelier libros jurídicos. Barcelona. 2014

GARCIA ROCA, J.; El Preámbulo contexto hermeneúico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo. En GARCIA ROCA, J y SANTOLAYA, P.; La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.

GARCÍA ROMERO, B.; "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social". Revista Doctrinal Aranzadi Social. Nº 14/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2000.

GARCÍA VAZQUEZ, S.; El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

GIMÉNEZ CHORNET, E. Trabajadores extranjeros en España. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Servicio de Publicaciones, Madrid. 1982.

GOERLICH PESET, J. M.; Artículo 28.1. La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.); Comentarios a la Constitución Española. Wolters Kluwer. Madrid. 2008.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., AZPARREN JOVER, E., DE LA IGLESIA PALACIOS, E. y AGORRETA RUIZ, D.; Portuario Extranjería. Dapp Publicaciones Jurídicas. Pamplona. 2005.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; Los derechos fundamentales de los inmigrantes extranjeros, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España. Especial referencia a los derechos de reunión, asociación y afiliación. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.; Los derechos sociales y sindicales en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. nº 228/2002.

GÓMEZ BAHÍLLO, C.; Título postgrado e-learning sobre migraciones internacionales y derecho de extranjería. Octubre 2008 – septiembre 2009. Universidad de Zaragoza.

GÓMEZ CAMPELO, E.; “Pan y rosas: una película para el análisis jurídico de la inmigración”. Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008 3. Aranzadi. Pamplona. 2008.

GÓMEZ ISA, F. (Dir.); La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Universidad de Deusto, Bilbao. 2003.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.; Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010.

-Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa. Civitas. Madrid. 1992.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.; Los sindicatos ante la inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid. 2008.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.); La protección social de los extranjeros en España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; Extranjería y libre circulación de personas. Comares. Granada. 1995.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.; Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales. Tecnos. 2006.

HIERRO HIERRO, F.J.; La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 116/2003.

-“La prestación por asistencia sanitaria. Cuestiones sobre su encuadramiento”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 31. 2012. Iustel

HODGES-AEBERHARD, J.; Protección del derecho de sindicación: ¿A qué trabajadores, “sin ninguna distinción”, alude el artículo 2 del Convenio núm. 87? Revista Internacional del Trabajo. Vol. 108. nº 1/1989.

HURTADO GONZÁLEZ, L.; “Asistencia Social y Seguridad Social: Sus Fronteras Actuales”. Actualidad Laboral. Nº 25. Junio 1993.

IGARTÚA MIRÓ, M.T.; La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional. Consejo Económico y Social. Madrid. 2008.

IGLESIAS CANLE, I. C.; Inmigración y derecho. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

JIMENA QUESADA, L.; Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

KAHALE CARRILLO, D. T.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (RLC 2003, 2711).” Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales. nº 6/2004. Aranzadi. Pamplona. 2004.

-Notas a la Libertad sindical y derecho de huelga de los extranjeros en España. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. nº 243/2003.

-La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Temas Laborales. nº 95/2008.

KOJANEC, G.; La Carta Social Europea y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la

“Carta Social Europea”. Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989.

LANCHO PEDRERA, F.; De la Declaración Fundamental de los Derechos Humanos a la protección jurídica de los derechos. Estudio de la protección de los derechos humanos en el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura. Servicios de Publicaciones. nº 16/1998.

Las normas internacionales del trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 1998.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y CULEBRAS LLANA, I.; Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. Universidad Pontificia Comillas. Servicio de Publicaciones. Madrid. 2006.

LINDE PANIAGUA, E. Y MORENO DÍAZ, J. A. (Dir.); Inmigración, extranjería y asilo. Colex. Madrid. 2005.

LÓPEZ GANDÍA, J.; El acceso al empleo de los extranjeros. En SERRANO GARCÍA, J. y MENDOZA NAVAS, N. (Coord.); Estudios sobre extranjería. Bomarzo. Albacete. 2005.

LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, M.; La nueva ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia. Colex. Madrid. 2006.

LÓPEZ LÓPEZ, J.; Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006

LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J.; Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares. Aranzadi Social. nº 7/2004-8/2004. BIB 2004/756.

LOUSADA AROCHENA, J. F.; La concurrencia de una causa de extinción del contrato después de un despido declarado improcedente o nulo. Tribuna Social. nº 139/2002.

-Los derechos colectivos del trabajador autónomo. BIB 2007/2896, Aranzadi Social. nº 21/2007 (Estudio). Aranzadi. Pamplona. 2007.

MURILLO DE LA CUEVA, E. L.; El derecho de asociación. Tecnos. Madrid. 1996.

LUJÁN ALCARAZ, J.; El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000 72 y 209) BIB 1999/2068. Aranzadi Social vol. V parte Tribuna. Aranzadi. Pamplona. 1999.

MANGAS MARTÍN, A.; Tratado de la Unión Europea, tratado de funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea. Tecnos. Madrid. 2010.

MARÍN ALONSO, I.; Los derechos colectivos de los inmigrantes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008.

MARÍN MARÍN, J., y GALLEGO MOYA, F.; El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial. Bomarzo. Albacete. 2005.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.; La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones. Madrid. 2006.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.; Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 2009.

MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.; Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea. Comares. Granada. 2005.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo. BIB 2008\572 Aranzadi Social nº 2/2008. Aranzadi. Pamplona. 2008.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y GIRÓ MIRANDA, J.; Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas. Universidad de La Rioja. Servicio de Publicaciones. 2003.

MARTÍNEZ PARDO, V.J.; Detención e Internamiento de Extranjeros. Thomson. Aranzadi. Navarra. 2006.

MASSÓ GARROTE, M. F.; El nuevo régimen de extranjería. Procedimientos, Formularios, Modelos y Comentarios a la a la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000. La Ley. Madrid. 2001.

MENDOZA NAVAS, N.; Evolución de los derechos sociales en las leyes de extranjería. En SERRANO GARCÍA, J.M. y MENDOZA NAVAS. N.; Estudios sobre extranjería. Bomarzo. Albacete. 2005.

MERCADER UGUINA, J.R.; La protección de los trabajadores extranjeros. AAVV. Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo II. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico. Santander. 2003.

MERINO SEGOVIA, A., El censo electoral: algunos problemas jurídicos derivados de la adquisición de la condición de electores y elegibles. En ROMERO RÓDENAS, M. J. (Coord.); Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales. Bomarzo. Albacete. 2006.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES; Cuidado a la dependencia e inmigración. Informe de resultados. Secretaría de Estado de Servicios Sociales. Familias y Discapacidad. IMSERSO. Madrid. 2005.

-Normativa sobre el Régimen Jurídico de los Extranjeros en España. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Madrid. 2005.

MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G. Y ARCE JIMÉNEZ, E. (Autores); La inmigración extranjera: comentario sistemático al Real Decreto 2393-2004, de 30 de diciembre. Centro de Estudios Financieros. Madrid. 2005.

MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.); Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001.

-Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma "pactada." Relaciones Laborales. nº 8/2003.

MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La Ley. Madrid. 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros. Comares. Granada. 2010.

MORENEO PÉREZ, J.L.; Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.; El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España. En AAVV, *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*. Cacucci Editore. 2007.

MORENEO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.; El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. *Aranzadi Social*. nº 20/2009. Pamplona. 2009.

- Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num.34/2013 parte Art. Doctrinal. *Lex Nova*. Valladolid. 2013.

-Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I). *Relaciones Laborales*. nº 1/2008.

-Repensar los derechos fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre (II). *Relaciones Laborales*. nº 1/2008.

-El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. *Aranzadi Social*. nº 20/2009. *Aranzadi*. Pamplona. 2009.

-El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*. Comares. Granada. 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A. J.; Libertad de sindicación y huelga. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; (Dir.), *Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000 y RD 864/2001)*. Comares. Granada. 2001.

MONTOYA MELGAR, A.; *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. 2009.

-El empleo ilegal de inmigrantes. Thomson. Civitas. Navarra. 2007.

MONTOYA MEDINA, D.; “Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado”. *Revista española de Derecho del Trabajo* num. 144/2009. Civitas. SA. Madrid. 2009.

MOYA ESCUDERO, M. (Coord.); Comentario sistemático a la Ley de Extranjería. Comares. Granada. 2001.

-Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España. Comares. Granada. 1999.

MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2003.

MURILLO DE LA CUEVA, E. L.; El derecho de asociación. Tecnos. Madrid. 1996.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.; Derechos de reunión y manifestación; perspectiva constitucional. BIB 2002/1035. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 9/2002. Aranzadi. Pamplona. 2002.

NAVARRO AMARO, S.; Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular; En SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2009.

NIETO ROALES-NIETO, C. y MACEDO DE BRITTO PEREIRA, R. J.; “La Libertad Sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar”. Migraciones 18. 2005.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión de Libertad Sindical. La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 1985.

OJEDA AVILÉS, A.; Derecho Sindical. Tecnos. Madrid. 2003.

-Compendio de derecho sindical. Tecnos. Madrid. 1998.

-La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos. BIB 2000/1214. Aranzadi Social. nº 10/2000. Aranzadi. Pamplona. 2000.

ORAÁ ORAA, J. y GÓMEZ ISA, F.; La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 Aniversario. Universidad de Deusto. Bilbao. 1997.

OREJA AGUIRRE, M.; Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa. En LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea". Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.; El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, BIB 2008/2978 Actualidad Jurídica Aranzadi. nº 764/2008.

OTROS. "Prestaciones de la Seguridad Social. Acción protectora." Practicum Social 2015. LEX NOVA, 2015.

PAJARES, M.; Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2007. Análisis de datos de España y Cataluña. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2007.

PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.); Tratado de extranjería: aspectos civiles, penales, administrativos y sociales. Aranzadi. Navarra. 2007.

PASTOR ANTOLÍN, L. J.; Globalización y migraciones hoy: diez años de continuos desafíos. Universidad de Valladolid. Vicerrectorado de Extensión Universitaria. Centro Buendía. 2002.

PECES MORATE, J. E.; Inmigración y Derecho. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002.

PÉREZ AMORÓS, F., (director) y AAVV.; La extinción del contrato de trabajo. Bomarzo. Albacete. 2006.

PÉREZ-MADRID, F.; Inmigración y libertad religiosa. Un estudio desde La Ley de Extranjería. Civitas Ediciones. Madrid. 2004.

PÉREZ ALONSO, E. J.; Tráfico de personas e inmigración clandestina. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.

PÉREZ ESCALONA, S.; El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español. Aranzadi. Navarra. 2007.

PÉREZ SOLA, N.; La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a

la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. nº 17/2008.

POLO SÁNCHEZ, M^a C.; Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España. Consejo Económico y Social. Madrid. 1994.

PRADOS DE LOS REYES, F. J.; El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 9/1982.

QUESADA SEGURA, R. (Dir.); La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género. Comares. Granada. 2009.

RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.); Comentarios al Reglamento de Extranjería. Lex Nova. Valladolid. 2007.

-“El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: las situaciones administrativas y posición jurídica”. Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico. 2003.

-El trabajo de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989.

-“Derechos de los trabajadores extranjeros”. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 86/1997.

-“Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”. Revista de Derecho Social. nº 42/2008.

-“Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Lex nova. nº 19/2008.

-“Trabajadores extranjeros e integración social”. Temas Laborales. Nº 24. 2000.

-“Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”. Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Nº. 23. 2005

RÍO RUIZ, M. A.; El disturbio en El Ejido y la se-gregación de los inmigrantes. Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales. nº 1/2002.

RIVERA SÁNCHEZ, J.R.; La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular. BIB 2002\3. Boletín Aranzadi Laboral nº 1/2002. Aranzadi. Pamplona. 2001.

ROALES PANIAGUA, E.; "Sinopsis de las prestaciones familiares en España". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 32. 2012. Iustel

RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (Coord.); El nuevo Derecho de Extranjería. Comares. Granada. 2001.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social. Aranzadi. Navarra. 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; "El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios". Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico. 2003.

-Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Relaciones Laborales. nº1/2001.

-Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo. Temas Laborales. nº 59/2001.

-Los dilemas de la política de inmigración. En Jornadas sobre la ley de extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral. Universidad de Granada. 2001.

-La nueva legislación de extranjería e inmigración. Relaciones Laborales. nº 8/2010.

-La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980.

-El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; “La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios”. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica. Nº 2, 2001.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.; Lecciones de derecho internacional público. Tecnos. Madrid. 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y TEROL BECERRA, M.; Constitución, extranjeros y derecho del trabajo. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; Extranjeros en España. Régimen jurídico. Laborum. Murcia. 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y PÉREZ BORREGO, G. Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios. Aranzadi. Pamplona. 1995.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena. En RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (Coords.); El nuevo Derecho de extranjería. Comares. Granada. 2001.

-El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social. En AAVV. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.; Comentario a la Constitución Socioeconómica de España. Comares. Granada. 2002.

ROJO TORRECILLA, E.; Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española. Lex Nova. Valladolid. 2006.

ROJO TORRECILLA, E. F. y CAMAS RODA, I. C. V.; El fenómeno de la inmigración y las políticas de empleo. En Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes. CGPJ. Estudios de derecho Judicial. Madrid. 2006.

RUBIO DE MEDINA, M. D.; Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros. Temas Laborales. nº 105/2010.

-Residencia temporal y permisos de trabajo de las personas extranjeras. Bosch. Barcelona. 2013.

RUBIO LLORENTE, F.; La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2005.

RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales. Revista de Derecho Social. nº 22/2003.

RUIZ VIEYTEZ, E.J.; Minorías, Inmigración y Democracia en Europa. Una lectura multicultural de los Derechos Humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

SÁEZ LARA, C.; Representación y acción sindical en la empresa. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992

SANZ PÉREZ, A.L.; ¿Hacia una nueva visión expansiva del derecho de reunión y de los derechos fundamentales? BIB 2004/226 Repertorio del Tribunal Constitucional. nº 1/2004. Aranzadi. Pamplona. 2004.

SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2003

SALADO OSUNA, A.; Los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social desde el punto de vista del derecho internacional. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; Extranjeros en España. Régimen jurídico. Laborum. Murcia. 2001.

SALINAS MOLINA, F. (director); Cuadernos de derecho judicial. Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Sindicales, Laborales y de Seguridad Social. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001.

SALINAS MOLINA, F. y MOLINER TAMBORERO, G.; Cuadernos de derecho judicial. La protección de Derechos Fundamentales en el orden social. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.; La articulación e interpretación de los derechos de los extranjeros. En SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (Coord.); Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios). Librero Editor. Murcia. 2005.

-Derecho de Extranjería. Un Análisis Legal y Jurisprudencial del Régimen Jurídico del Extranjero en España. (Jurisprudencia y Formularios). Librero-Editor. Murcia. 2005.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.; La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales. Comares. Granada. 2011.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Aranzadi. Navarra. 2014.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes “ilegales”: una aproximación desde el Derecho Comparado. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008.

-Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería. Laborum. Murcia. 2005.

-Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del convenio europeo de derechos humanos. Laborum. Murcia. 2005.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Extranjeros en España. Régimen jurídico. Laborum. Murcia. 2001.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.); Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010.

-Migrantes y derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España. Laborum. Murcia. 2006.

SANTOLAYA MACHETTI, P.; El derecho a la vida familiar de los extranjeros. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.); Comentarios a la nueva Ley de Extranjería. Lex Nova. Valladolid. 2000.

SANZ PÉREZ, A.L.; ¿Hacia una nueva visión expansiva del derecho de reunión y de los derechos fundamentales? BIB 2004/226 Repertorio del Tribunal Constitucional. nº 1/2004. Aranzadi. Pamplona. 2004.

SASSEN, S; Territorio, autoridad y derechos. Katz Editores. Madrid. 2010.

-Los espectros de la globalización. Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A. Buenos Aires. 1998.

SEGARRA I TRIAS, E.; Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección Jurisdiccional y Garantías. J. M. Bosch. Editor. Barcelona. 1991.

SEMPERE NAVARRO, A. V.; Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. BIB 2002\1267 Actualidad Jurídica Aranzadi. nº 545/2002.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.), Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Aranzadi. Navarra. 2003.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I.; Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET) Cuadernos de Aranzadi Social. Aranzadi. Navarra. 2004.

SERRANO ARGÜESO, M.; Las modificaciones de la Ley de extranjería en los aspectos sociales ¿retroceso o adaptación al derecho europeo? En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003.

-“Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento sobre extranjería”. Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas. Nº 110. Marzo-Abril 2002.

SERRANO GARCÍA, J. M.; Trabajadores comunitarios y seguridad social. Altabán Ediciones. Albacete. 2005.

SOLÉ ALAMARJA, E.; Extranjeros en España ¿y después de la regularización, qué?. Análisis de las situaciones administrativas derivadas del proceso de normalización de trabajadores extranjeros. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid. 2006.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR. M.; Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.

-Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso. Revista Tribuna Social. nº 120/2000.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.; La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas: modernas fórmulas de regulación. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000.

TOLOSA TRIBIÑO, C.; “Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería”. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica. Nº 1. 2000.

TORNOS CUBILLO, A. Los inmigrantes y el mundo del trabajo. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid. 2003.

TORRES ANDRÉS, J. M.; La situación de los extranjeros en relación al orden social. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005.

TORRES MURO, I.; El derecho de reunión y manifestación. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Civitas. Madrid. 1991.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008”. Aranzadi Social nº 21/2008.

-El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008.

-Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes. Comares. Granada. 2012.

TRINIDAD GARCÍA, M. L., ROBLES ALMÉCIJA, J. M. y FUENTES MAÑAS, J. B.; Guía Jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de la Unión. Comares. Granada. 2001.

TRUYOL Y SERRA, A.; Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales. Tecnos. Madrid. 1979.

TUDELA CAMBRONERO, G.; Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa. Tecnos. Madrid. 1991.

VALDÉS DAL-RÉ, F.; El Derecho Constitucional a la Negociación Colectiva. En CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.); Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento jurídico de los extranjeros en España. Lex nova. Valladolid. 2008.

VALTICOS, N.; Derecho Internacional del Trabajo. Tecnos. Madrid. 1977.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.; La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España. Normas de Extranjería y Problemas de Derecho Aplicable. Thomson. Aranzadi. Navarra. 2006.

VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España.

Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003.

-La protección de los trabajadores sin residencia legal frente a accidentes laborales. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.) Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2008.

VIDA SORIA, J.; Manual de derecho sindical. Comares. Granada. 2008.

VÍLCHEZ PORRAS, M.; Campo de aplicación y actos de encuadramiento. En RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.; Sistema de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 2008.

VOGEL-PLSKY, E.; La Europa social del año 2000: la Carta Social y el sistema comunitario. En LEZERTUA, M. y VIDA SORIA, J.; La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea". Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989.

VON POTOBSKY, G. W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.; La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales. Astrea. Buenos Aires. 1990.

ZAPATA –BARRERO, R.; Multiculturalidad e Inmigración. Síntesis. Madrid. 2004.

AXENOS

- 1) Reuniones mantenidas en agosto y septiembre de 2015 sobre el acceso a la asistencia sanitaria de inmigrantes en situación irregular.

Se han mantenido reuniones entre el Ministerio de Sanidad y el Director general de Cartera Básica de Servicios del SNS para modificar la asistencia

sanitaria de los inmigrantes en situación irregular. En estas reuniones se abordaron las cuestiones que se transcriben a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Base Legal

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, modificó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y establece que al Instituto Nacional de la Seguridad Social le corresponde el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del SNS, lo que comporta asimismo el derecho a la asistencia sanitaria en sus desplazamientos temporales en el Espacio Económico Europeo, en aplicación de la normativa de la UE.

Para aquellas personas que no tienen la condición de aseguradas, el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a efectos de asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS, recoge en sus disposiciones adicionales tercera, cuarta y quinta otras modalidades de asistencia sanitaria:

- A través de la suscripción de un convenio especial de asistencia sanitaria, las personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario podrán acceder a la cartera común básica del Sistema Nacional de Salud (SNS), mediante el pago de la correspondiente contraprestación.
- Asimismo, los solicitantes de protección internacional y las víctimas de trata de seres humanos, cuya permanencia o estancia haya sido autorizada, recibirán la asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica servicios asistenciales del SNS.
- En relación con los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, no equipara la asistencia sanitaria que recibirán los extranjeros no autorizados ni registrados en España con la que reciben los ciudadanos españoles y los extranjeros con residencia legal. Con todo, mediante la

modificación del Art. 12 de la ley 4/2000, de Extranjería y del art. 3 de la ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del SNS, les reconoce la asistencia sanitaria, en las siguientes situaciones:

- De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica
- De asistencia al embarazo, parto y postparto
- En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.¹²⁹³

2. Situación de los extranjeros en España a efectos de acceso a la asistencia sanitaria

A efectos de acceso a la asistencia sanitaria, hemos de distinguir:

A. ciudadanos en situación regular (estancia o residencia)

- Asegurado en otro Estado miembro en estancia temporal en España, acredita su derecho mediante la Tarjeta Sanitaria Europea y se le dispensa la asistencia sanitaria que resulte necesaria desde un punto de vista médico, cuyo coste es facturado por el INSS al organismo asegurador extranjero que ha de abonarlo en concepto de “Gasto real”.
- Asegurado en otro Estado (pensionista y beneficiarios de pensionistas o de trabajadores) que residen largas temporadas en España, cuya cobertura sanitaria se garantiza en la misma extensión que a los asegurados en España si bien se dispensa con cargo al organismo

¹²⁹³ Esto se debe a la modificación que efectúa el RDL 16/2012 al art. 12 de la Ley 4/2000, de Extranjería que viene a determinar que el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros pasa a ser el previsto en la legislación vigente en materia sanitaria, frente a la situación anterior según la cual bastaba con estar inscritos en el padrón del municipio en el que residieran habitualmente para que los extranjeros tuvieran derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Tras el RDL la asistencia sanitaria que recibirán es la ya citada, según un nuevo apartado ter del art. 3 de la ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional, introducido por el RDL 16/2012.

asegurador extranjero mediante el cobro por España de una cuota global (cantidad a tanto alzado) por mes de residencia.

- Ciudadano extranjero (comunitario y no comunitario) que reside y trabaja en España cuya cobertura sanitaria es a cargo del Sistema Nacional de Salud como cualquier trabajador afiliado y en alta.
- Ciudadano extranjero (comunitario y no comunitario) que establece en España su residencia no lucrativa (es decir, no es pensionista ni trabaja) por un período superior a tres meses. Su regularización mediante la inscripción en el Registro Central de Extranjería y/o la obtención del permiso de residencia temporal se encuentra condicionada a que disponga de recursos y cobertura sanitaria mediante un seguro de enfermedad público o privado que cubra todos sus riesgos.
- Nuestro país ha recibido en 2014 la cantidad aproximada de 521 millones de euros del resto de los países europeos por asistencia a ciudadanos de la UE y de aquellos otros países que no siéndolo tiene convenios bilaterales con España.

B. ciudadanos que se rigen por la normativa general de extranjería.

Los ciudadanos extranjeros (comunitarios y no comunitarios) que no tienen regularizada su situación en España (irregulares-ilegales) tienen cobertura sanitaria al amparo del artículo 3.ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (urgencia por enfermedad grave o accidente hasta alta médica, asistencia al embarazo, parto y post-parto y asistencia sanitaria completa cuando se trate de menores de edad). Este colectivo, igualmente puede acceder a la asistencia sanitaria a través de la suscripción del Convenio Especial a que se refiere el Real Decreto 576/2013, de mediante el pago de la correspondiente contraprestación económica.

3. La normativa autonómica dictada para dar asistencia sanitaria a extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

La mayor parte de las normas autonómicas dictadas recientemente pretenden garantizar el acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones

de acceso y calidad que el resto de la población asegurada a aquellas personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, con residencia efectiva en la Comunidad, que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS.

Bajo esta premisa puede suceder que una CCAA preste asistencia sanitaria con los mismos derechos que los españoles, a un extranjero que se encuentre ilegalmente en España, en tanto no tenga aseguramiento y esté empadronado en ella.

En relación con los nacionales comunitarios en situación irregular , debe recordarse que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que en su artículo 1.3 dice: “los nacionales de los estados miembros de la unión europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

4. Problemática específica con los nacionales comunitarios en situación irregular

- Es posible que si no se controla bien la concesión de las tarjetas de asistencia sanitaria, ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea puedan desplazarse intencionadamente a alguna Comunidad Autónoma para recibir asistencia sanitaria, con el consiguiente gasto para el presupuesto autonómico y nacional (turismo sanitario).
- Algunos residentes legales que están recibiendo la asistencia sanitaria en virtud de los reglamentos de coordinación, podrían pasarse a una situación irregular para evitar pagar una cuota en su país de origen a cargo de su pensión para financiar la asistencia sanitaria. Téngase en cuenta que España recibe más de 500 millones € anuales en concepto de asistencia sanitaria prestada a ciudadanos de la Unión.

- Si se facilitara la asistencia sanitaria a nacionales de la Unión en situación de residencia irregular, estos podrían solicitar la tarjeta sanitaria europea y ante la denegación de la misma, acudir a la Comisión Europea. Recuérdese el Dictamen Motivado¹²⁹⁴ emitido por la Comisión Europea en el marco del procedimiento de infracción 2009/2341, España podría correr el riesgo (aunque sea muy lejano) de tener que asumir a su vez el coste de la asistencia sanitaria de estos colectivos durante su estancia temporal en el territorio de otros Estados Miembros, mediante la expedición de la Tarjeta Sanitaria Europea.

II. PROPUESTA DE ACUERDO SOBRE CRITERIOS MÍNIMOS PARA LA INCLUSION EN LOS PROGRAMAS DE ASISTENCIA SOCIAL Y SANITARIA DE LAS CCAA DE LOS EXTRANJEROS NO REGISTRADOS NI AUTORIZADOS COMO RESIDENTES EN ESPAÑA, QUE CAREZCAN DE RECURSOS ECONÓMICOS.

La diferencia entre las distintas CCAA en la aplicación práctica de los programas de asistencia social y sanitaria, y la necesidad de una coherencia con las líneas establecidas para la correcta atención sanitaria del resto de la población, justifican actuaciones homogéneas que mejoren la atención a la persona en situación de vulnerabilidad, que no tiene la condición de asegurado en el SNS.

¹²⁹⁴ En el Dictamen motivado de la Comisión Europea dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la dispuesto en la legislación de las CCAA de Andalucía y Comunidad Valenciana, la Comisión consideró que los ciudadanos procedentes de Estados miembros que no ejercen ninguna actividad económica y que cumplen las condiciones prevista en la legislación de las CCAA para tener derecho a recibir prestaciones en especie por enfermedad entran dentro de la definición de “personas aseguradas “ a tenor del art. 1, letra c) del Reglamento (CE) nº 883/2004 y que dichas personas, como personas aseguradas, pueden disfrutar del derecho contemplado en el art. 19 de dicho Reglamento, a recibir las prestaciones en especie necesarias desde un punto de vista médico cuando se encuentran fuera del Estado miembro competente. Por consiguiente, concluye la Comisión, la negativa de las CCAA a expedir la TSE a este grupo de personas aseguradas constituye un incumplimiento del art. 19 del Reglamento (CE) nº 883/2004.

El Ministerio de Sanidad ha realizado una propuesta que se dirige a unificar y coordinar las diversas actuaciones del programa social, en materia de dispensación de asistencia social y sanitaria, dirigidas a extranjeros no registrados ni autorizados, con permanencia efectiva y sin recursos económicos, que se llevan a cabo a través de programas o instrucciones de carácter social en las diferentes CCAA, concretando algunos aspectos en la dispensación de la asistencia a este colectivo.

Se considera necesario en particular,

- resaltar el enfoque de asistencia social y sanitaria del acuerdo, materia expresamente excluida del Reglamento (CE) 883/2004 de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que dio lugar al Dictamen motivado. Para ello han de eliminarse las referencias que pueda suponer que la asistencia que se va a prestar se configura como prestación de Seguridad Social, que está sometida al principio de igualdad de trato.
- que se encuentren en situación de necesidad por carecer de recursos suficientes, formando parte de programas autonómicos de asistencia social y sanitaria, que se reconocen previo examen individual y discrecional, valorando la situación caso por caso.
- Identificar, mediante su inclusión en la correspondiente Base de Datos de personas incluidas en los Programas de asistencia social y sanitaria a efectos de contabilidad real y seguimiento de estos pacientes. Con este fin se les asignará un título concreto que contemplará la aportación farmacéutica.

En resumen, se establecen las Condiciones a valorar para solicitar la inclusión en los programas; el procedimiento, las causas de exclusión y bases de datos de personas incluidas.

El documento, contiene modificaciones al documento previo del acuerdo alcanzado en julio pasado, y se vuelve a presentar a la Comisión de Prestaciones del CISNS, el pasado día 2 de septiembre, para su elevación al CISNS.

La mayor parte de las Comunidades Autónomas no se han mostrado conformes con la propuesta del Mº de Sanidad. Muchas de ellas reclaman la modificación del Real Decreto-ley 16/2012.

En los próximos días se volverá a celebrar una reunión con las Comunidades Autónomas, una vez se hayan recibido las observaciones al respecto de cada una de ellas.

ANEXO 2) Posición de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular

La atención sanitaria a diversos colectivos, entre los que los inmigrantes sin papeles se han llevado casi todo el protagonismo, varió hace tres años, tras la publicación del Real Decreto 16/2012. Ahora, el Ministerio quiere matizar la norma, devolviendo parte de la universalidad perdida, con un modelo basado en la vía sociosanitaria, un registro y sin tarjeta sanitaria.

La mayoría de autonomías no lo ven adecuado y, antes de que la norma (será sólo marco de actuación, ya que las competencias son autonómicas) cristalice, ya han anunciado y/o lanzado modelos propios que potencian la asistencia universal. Sobre unas bases similares, hay cierta heterogeneidad, y poco consenso con las sugerencias ministeriales.

ANDALUCÍA

Desde el principio se opuso al RDL, y emitió documentos de reconocimiento temporales desde primaria para garantizar el acceso a los sin papeles. Desde abril de 2012, Andalucía ha atendido a más de 100.000 sin papeles que, según el RDL, estarían excluidos de la sanidad universal gratuita. Más de 25.000

personas de este colectivo manejan en 2015 el citado documento sanitario temporal.

ARAGÓN

Ha establecido una nueva norma que deroga otra de 2013 y concede la asistencia con carácter anual prorrogable a "extranjeros no registrados ni autorizados a residir en España" con tres meses de padrón y residencia efectiva. El nivel de copago en farmacia es del 40 por ciento para los menores de 65 años y del 10 para mayores de 65.

ASTURIAS

En verano de 2012 dictó instrucciones para evitar la exclusión a través de un procedimiento administrativo para inscribir a sin papeles empadronados. Todo extranjero sin recursos que resida en el Principado y lo solicite se incorpora a una base de datos, y se le asigna centro de salud y médico de referencia. Desde septiembre de 2012 hasta marzo de 2015, 1.368 personas se dieron de alta y generaron más de 18.000 consultas, dos tercios en AP. Además, el Servicio de Salud ha articulado en colaboración con Cruz Roja un procedimiento que permite a estos colectivos acceder, por vía sociosanitaria, a la prestación farmacéutica en condiciones semejantes a la población general, informa C. Díaz.

BALEARES

Dispone de una nueva norma desde el 20 de julio que permite el acceso a un documento acreditativo a los sin papeles que les da derecho a acceso a sanidad sólo en la autonomía. Más de 750 personas han solicitado ya el documento, con validez por un año prorrogable. Tras la propuesta ministerial, la consejera Patricia Gómez ha pedido "los mismos derechos para toda la población, sin parches", y derogar el RDL 16/2012.

CANARIAS

Fue otra de las autonomías que, ya en 2012, se rebeló parcialmente contra la norma nacional. Una ley de 2013 puso condiciones: un año de padrón y acreditar menos de 532 euros al mes. El nuevo Gobierno entrante ha prometido, aún sin concreción, devolver toda la universalidad.

CANTABRIA

La Consejería de Sanidad está contra la creación de un registro. Cantabria ya está devolviendo desde hace tres semanas la tarjeta a los sin papeles (ha entregado ya 5.000 acreditaciones tras una orden de agosto, que concede el derecho con 90 días de padrón mediante una tarjeta similar a la sanitaria con validez (sólo para la autonomía y por dos años prorrogables). "La propuesta del registro me parece una auténtica barbaridad. Se trata de una nueva ocurrencia de un Gobierno sobrepasado por las iniciativas de las comunidades autónomas socialistas", ha dicho la consejera cántabra, María Luisa Real. Cree que el Ministerio "no tiene que decir" a las autonomías cómo ejercer sus competencias, sino derogar la exclusión sanitaria", informa Santiago Rego.

CATALUÑA

De acuerdo con la Instrucción 08/2015 del CatSalut, vigente desde el 22 de julio, todos los ciudadanos extranjeros sin condición de asegurados que acrediten un empadronamiento de tres meses tienen acceso a la cartera básica. Asimismo, todas las personas cubiertas por la anterior Instrucción (10/2012, ya derogada) con el primer nivel de cobertura (primaria entre los 3 y 12 meses de empadronamiento) tienen acceso automático. Desde el momento del empadronamiento hasta los tres meses pueden acceder a diversos programas, como drogodependencias, prevención, VIH y atención en el embarazo.

C. VALENCIANA

El Decreto Ley 3/2015, aprobado el 24 de julio, les permite acceso global, si cumplen determinados requisitos, como ser extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España y estar empadronado con residencia efectiva un mínimo de tres meses. También debe demostrar no

tener reconocido por el INSS la condición de asegurado o beneficiario del SNS, ni tener posibilidad de acceso a cobertura pública por cualquier otro título, y no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia. De cumplir las premisas, el colectivo accede a la sanidad en las mismas condiciones que el resto de usuarios, con una tarjeta sanitaria provisional hasta disponer de la definitiva. La consejera de Sanidad, Carmen Montón, ha dicho: "El Ministerio primero anunció en marzo que ofrecería atención primaria, luego se negó a incluir la universalidad en el orden del día del CI de julio, amenazó a las comunidades que habían dejado sin efecto la exclusión sanitaria con multas millonarias, y ahora hablan de un registro". En su opinión, el Gobierno debe derogar el decreto de exclusión sanitaria de 2012 , informa Enrique Mezquita.

C.- LA MANCHA

Después de tres años siguiendo casi a pies juntillas el RDL 16/2012, con el cambio de Gobierno es una de las autonomías más combativas. Prepara una nueva norma para dar cobertura en igualdad de condiciones a los sin papeles, que presentará en breve.

CASTILLA Y LEÓN

Se atiende al colectivo, aunque sin tarjeta, con un documento específico para primaria y hospital, que asegura un médico asignado. Si se confirma que no tienen recursos, cubre el coste; si los tienen, se pasa la factura al paciente.

EXTREMADURA

Está elaborando una norma que incremente la universalidad, que incluirá una tarjeta sanitaria válida para la región. Promete atención "en condiciones de igualdad efectiva que los residentes en Extremadura". No comparte la idea de un registro, entre otras cosas porque puede dejar "en absoluta inseguridad jurídica al médico ante determinados problemas de salud". Las prestaciones farmacéuticas se darán a este colectivo "con idénticas condiciones de copago que al resto de la ciudadanía extremeña".

GALICIA

Fue una de las comunidades populares que más abrió la mano frente al decreto nacional de 2012. Los sin papeles empadronados reciben atención médica en primaria y hospital, por medio de una tarjeta muy similar a la que tiene el resto de usuarios. El tiempo mínimo de padrón es de 183 días, y la renta no puede superar el Iprem (en torno a 550 euros).

MADRID

Ha cumplido el RDL 16/2012, aunque ha añadido casos, más allá de embarazo, Urgencias y menores, en los que los sin papeles también reciben atención: crónicos y afectados de patologías infecciosas, por ejemplo. El Gobierno de Cristina Cifuentes apoyo el consenso que busca Sanidad y trabaja en un tarjeta alternativa a la TIS para que la cobertura sea completa en primaria y hospital. Mientras, hay una orden de atender a los sin papeles con o sin documentación.

MURCIA

Tras seguir las ordenanzas del RDL 16/2012, aunque añadiendo asistencia a sin papeles crónicos, la nueva consejera, Encarna Guillén, trabaja para aumentar la universalidad con un documento alternativo a la tarjeta sanitaria, en una solución similar a la planteada por Madrid.

NAVARRA

Junto con el País Vasco, la comunidad que encabezó la rebelión contra el RDL 16/2012, llegando incluso a tribunales. Desde 2013 tiene la Ley Navarra de asistencia Sanitaria Gratuita, que da sanidad a los sin papeles residentes en la comunidad mediante un documento de identificación que permite la asistencia universal, aunque no incluye la prestación farmacéutica.

PAÍS VASCO

Mantuvo la universalidad en 2012 pese al decreto nacional, y en 2014 incluyó una tarjeta sanitaria exclusiva para la comunidad, que se obtiene tras demostrar un año de empadronamiento y tener una renta inferior a la Renta de

Garantía de Ingresos. En caso de menores, embarazadas, Urgencias y riesgo de Salud Pública, cualquier sin papeles no empadronado es tratado de forma gratuita.

LA RIOJA

Es la región que más se ha aferrado al RDL 16/2012 sin alterarlo. Atiende, como en todo el SNS, a los sin papeles, pero, salvo en casos de embarazo, menores y Urgencias, pasa la factura.