ÍNDICE

I. PRÓLOGO. Pág. 2.

II. CAPÍTULO I. LA INMIGRACIÓN Y EL DERECHO AL TRABAJO. DERECHO COMPARADO Y ESPAÑOL.

- INTRODUCCIÓN. Pág. 7.
- LEGISLACIÓN COMPARADA. Pág. 13.
  - A) TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES GENERALES. Pág. 14.
  - B) TRATADOS Y NORMATIVA EUROPEA. Pág. 15.
- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. Pág. 18.
- BREVE COMENTARIO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. Pág. 20.

III. CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS INMIGRANTES. LOS DERECHOS LABORALES. LA IGUALDAD DE TRATO.

- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS EXTRANJEROS. Pág. 22
- ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS LABORALES. Pág. 28.
- LA IGUALDAD DE TRATO. Pág. 34.

IV. CAPÍTULO III. DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (I). ESTUDIO DE CONJUNTO.

- LA LEY ORGÁNICA 7/1985. Pág. 38.
- EL REAL DECRETO 155/1996. Pág. 41.
- LA LEY ORGÁNICA 4/2000, REFORMADO POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000 Y 14/2003. Pág. 42.

V. CAPÍTULO IV. DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (II). LAS NUEVAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN.

- EL CONTRATO DE TRABAJO. Pág. 45.
- MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN Pág. 50.
  - A) CUENTA AJENA. Pág. 50.
  - B) CUENTA PROPIA. Pág. 60.

VI. CAPÍTULO V. LOS DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (III). LA SEGURIDAD SOCIAL

- MODALIDAD CONTRIBUTIVA. Pág. 64.
- MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA. Pág. 71.
- PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Pág. 72.
- PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES. Pág. 73.
- CONCLUSIONES Pág. 73

VII. CAPÍTULO VI. DERECHOS LABORALES COLECTIVOS DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES. LA SINDICACIÓN Y LA HUELGA

- INTRODUCCIÓN. Pág. 76.
- EL DERECHO DE SINDICACIÓN. Pág. 81.
- EL DERECHO DE HUELGA. Pág. 82.
- OTROS DERECHOS COLECTIVOS. Pág. 84

VIII. CAPÍTULO VII. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009. Pág. 88.

IX. BIBLIOGRAFÍA. Pág. 97.

PRÓLOGO

En la presente monografía y los capítulos que la componen vamos a efectuar un estudio panorámico (sin entrar en mayores profundizaciones de análisis dado que esta obra pretende una aproximación a la temática que la ocupa) sobre los derechos laborales y colectivos de los trabajadores inmigrantes, en especial aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, en la legislación española.

A estos fines principiaremos con un estudio de la evolución histórica de los flujos migratorios y de la distinta normativa, internacional y española que han regulado la materia, destacando que no está toda (como es obvio) pero sí aquellas que desde nuestro punto de vista hemos tenido por más importante.

Continuaremos con un estudio de los derechos fundamentales que a todo ser humano le corresponden como tal para, de este modo, entrar en el tratamiento de los derechos laborales haciendo hincapié en la igualdad de trato en las relaciones de trabajo entre los españoles y los extranjeros (pronunciamiento aparte de los que se encuentran en situación irregular).

Dedicación más pormenorizada (y para ello hemos dedicado tres capítulos) haremos de los derechos individuales de los inmigrantes irregulares (a partir de este momento ceñimos el estudio a este colectivo); primero, con una visión de conjunto, posteriormente con el tratamiento de la institución del contrato de trabajo y las distintas modalidades de contratación que prevé la normativa vigente; y, para finalizar, con el estudio de la protección que el sistema de la Seguridad Social española otorga a cualquier persona (su criterio de universalidad) para ir delimitando el campo hacia los propios y específicos del colectivo al que nos hemos circunscrito.

Un capítulo concreto nos ocupara el tratamiento de los derechos colectivos de los inmigrantes irregulares. Es, sin lugar a dudas, el tema más novedoso toda vez que la más reciente jurisprudencia ha resuelto varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la anterior normativa (LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000) que ha dado lugar a la última y más reciente reforma en el derecho de extranjería, operada por la Ley Orgánica 2/2009, reformadora de las dos anteriores, y a la cual nos referiremos en el último de los capítulos de esta monografía para resaltar y subrayar los puntos clave de su modificación legislativa.

Con ello, insistimos, no pretendemos una obra pormenorizada en el detalle sino ese acercamiento que cualquier neófito puede obtener sobre el objeto de nuestro estudio y del que también podrán sacar provecho cualquier jurista cuyas inquietudes o tareas vayan o se aproximen a esta rama especial del derecho (conjugación del administrativo y laboral).

Con ese objetivo –que nos es poco- hemos redactado esta obra y esperamos que así lo consiga.

CAPÍTULO I

LA INMIGRACIÓN Y EL DERECHO AL TRABAJO.

DERECHO COMPARADO Y ESPAÑOL

- **INTRODUCCIÓN**

Los flujos migratorios es evidente que no configura un problema actual o de poco tiempo a esta parte. Es más, nos atrevemos a afirmar que la emigración es tan antigua como el hombre, pues éste se ha visto desde el inicio de los tiempos a cambiar de lugar de localización desde las primeras sociedades consideradas como tal. Incluso cuando el ser humano se asentó (y dejo de ser nómada) el fenómeno migratorio siguió existiendo.

El aumento poblacional ha conllevado a un desarrollo exponencial sobre este carácter casi inherente al ser humano. No digo que sea consustancial a su naturaleza pues el hombre es de la tierra donde nace y desarrolla su vida, pero no es menos cierto que, siempre, por unos motivos u otros, el hombre se ha visto invariablemente obligado al cambio de destino en lo territorial.

Ya en los albores de la civilización aquel movimiento de traslado de un lugar a otro se debía fundamentalmente a circunstancias eminentemente naturales: catástrofes, sequías, búsqueda de nuevos asentamientos para asegurar la supervivencia…

Conforme las sociedades se fueron haciendo más complejas se adhirieron nuevos factores a la emigración. Así desde que las sociedades se desarrollaron y el hombre fue connatural a su naturaleza siempre expansiva y, en los principios, por motivos de dominación, asistimos a continuos movimientos migratorios durante siglos provocados por las guerras e invasiones (como diría un autor, la paz en el hombre es el período entre guerras y, por desgracia hemos de darle la razón). Surgieron desde los Imperios antiguos a los más modernos una emigración prisionera o esclava, o lo que aún era peor, las dos condiciones a la vez. Las invasiones procuraban mano de obra barata, los esclavos, a la par que estos se convertían en prisioneros de la inexistencia de derechos humanos, poco más o menos que era un animal que entraba en el comercio o negocio de otros hombres (tampoco es que haya cambiado esta filosofía con el tiempo sólo se han modificado las formas).

Olvidemos aquellas épocas y ciñámonos más a la Edad Moderna. Ha habido autores que ha considerado que la emigración se ha diferenciado con dos características preeminentes: su voluntariedad o no. En general, podemos adoptar esta simplificada distinción, más añadiremos que no es del todo cierto o ejemplarizante por la sencilla razón de que los flujos humanos en los siglos inmediatamente pasados y en el actual no han sido un factor de voluntariedad, propiamente dicha, en la elección de residencia.

Se siguen dando flujos migratorios provocados por las guerras (actualmente hay latentes más de 300 conflictos armados en el mundo, de mayor o menor entidad) unido a los desastres que ello conlleva: unos, acompañante siempre de los conflictos bélicos como son la hambruna, la esclavitud (aunque ahora esquivemos el uso de este concepto)... otros, derivados de aquellas o con significación propia: desastres medioambientales, destrucción del entorno, desastres geológicos…En esta materia han variado los años pero no los motivos de antaño.

Pero no es sólo eso, lo que más puede significar la época moderna es la aparición de otro fenómeno. La Revolución Industrial transformó un mundo, el agrario y casi hermenéutico, en un mundo totalmente volátil donde todo se movía a un ritmo vertiginoso. Estos factores sociales, industriales y como no –y siempre- económicos han supuesto el mayor flujo emigratorio de todos los tiempos. Y Podemos decir que, a partir de ellos, o como su consecuencia y dada la ingente población implicada, comenzaron a aparecer los derechos humanos y fundamentales con los que había que arbitrar una sociedad nueva, con nuevas reglas y principios y donde el hombre tenía que adornarse (en aquellos comienzos) de una serie de derechos mínimos para no acabar con el invento. Aún así las revoluciones, con mayor o menor impacto en las respectivas sociedades, fueron una constante en todo este período.

Cuando antes comentábamos nuestra no total conformidad con el criterio divisorio de la voluntariedad como factor de la emigración era fundamentado en el hecho innegable que aquéllos que “voluntariamente” emigraron siempre tuvieron tras sí unos condicionantes económicos: desde la necesidad biología, pasando por las mejorías vitales tanto personales como familiares, hasta el negocio propiamente dicho. No entendemos el abandono del lugar de origen que no sea motivado por la inquietud viajera o por el mero

placer (algo que si se puede dar en la actualidad) pero este último condicionante siempre se dio en clases sociales más o menos acomodadas. La enorme dispersión poblacional de Europa al continente americano, el abandono de un país de origen a otros receptores donde la vida era mejor (o, al menos, esa era la creencia); en fin, toda aquella migración en masa siempre tuvieron tras sí motivaciones económicas más o menos extremas.

Sin poder detenernos más en aquel análisis histórico –donde precisaríamos páginas y páginas de estudio y no siempre de acuerdos- debemos ahondar en la emigración actual, considerando como tal la que ha surgido a finales del siglo XIX, durante el s. XX y continúa en el actual. La principal característica con la que podíamos conceptuar esta emigración es la globalización, haciendo hincapié de esa conceptuación en las últimas décadas.

Durante estos períodos podemos esquematizar las motivaciones migratorias en cuatro apartados bien diferenciados:

- Una emigración con el objetivo del asentamiento permanente. Con intención definitiva y con interés de reunificación familiar. Como tal podíamos identificar los desplazamientos con destino a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y los países sudamericanos en la primera mitad del siglo XX. En un primer estadio los emigrantes era europeos pero al final de este período han sido sustituidos por los de origen asiático y de centro y sudamérica.
- Una emigración colonial, rodeada también de la motivación económica y de asentamiento familiar desde aquéllas a las antiguas metrópolis, antes y después del proceso de desconolización.
- Una emigración económica (ya hemos dicho que entendemos que todos, de una manera u otra, no dejan de tener tal adjetivación en esta etapa) y con una intencionalidad, en principio, temporal aunque no serían pocos los que al final quedarán arraigados en estos lugares de recepción. Era la protagonizada principalmente por mano de obra de escasa o baja cualificación profesional.
- Y por último, una emigración de carácter político, por exilio o petición de refugio o asilo.

En el caso español encontramos ejemplos de esta clasificación, restringiéndose a los tres primeros marcos:

- Hemos emigrado a los países del continente americano, especialmente a los del orbe sudamericano o latinoamericano en busca de mejoras económicas para nosotros y nuestras familias (esto ya se produjo desde el Descubrimiento de aquel Continente pero con otros intereses y no de forma masiva) y de este modo encontramos la época de nuestros indianos y “hacer las américas” en busca de fortuna. Muchos paisanos permanecieron en aquellos países.
- Con el trágico empeoramiento de la situación económica de aquel continente, especialmente en su centro y sur, muchos españoles hubieron de optar en volver a su país.
- El tercer ejemplo, siguiendo con la anterior clasificación, lo hallamos en el exilio tras la Guerra Civil y los años 60. Francia, en un primer término y después, Alemania y los Países Bajos vieron llegar auténticas invasiones de españoles buscando un futuro mejor. La inmensa mayoría dejó de tener una intencionalidad de temporalidad pero también fueron muchos los que al final quedaron asentados en aquellos territorios extraños.

La inmigración por motivos de exilio o petición de refugio o asilo es la más lamentable de los últimos tiempos y a la vez la más desagarradota por las condiciones en que se produce este fenómeno (en nuestras costas asistimos muy especialmente al espectáculo de las pateras y los dramas personales que se viven entre los que consiguen llegar a territorio español, de los que quedan en camino jamás sabremos su número). África es el continente paradigma de este modelo. Asía le va a la saga y no nos extrañemos que en un futuro muy próximo, tal vez mañana supere a aquel otro continente.

La globalización dimanante en muchas ocasiones del desarrollo de los medios de transportes, las comunicaciones, una economía atractiva en los otros, han hecho surgir nuevas categorías.

Estamos asistiendo últimamente a una nueva modalidad de migración con desplazamientos de personas de alta cualificación, reagrupamiento familiar y de emigración ilegal. Los países más desarrollados del continente europeo y de América del Norte son los que más están soportando estos flujos migratorios.

Hemos pasado de redefinir dos conceptos: el extranjero al inmigrante.

Ahora os surge una duda: ¿Qué se debe entender por inmigrante?.

NO hay una única respuesta y tendremos que hacer un viaje territorial para desmembrar y concretar aquella definición:

- En Norteamérica y las antípodas (Australia y Nueva Zelanda) por emigrante se considera a aquellos trabajadores extranjeros con permiso de residencia superior al año.
- En los países europeos catalogamos como tal a los que tienen un permiso de trabajo o residencia (en algunas legislaciones uno y otro permiso es unívoco) temporal aunque lo sea por un tiempo menor al anual.
- No se suelen entender con tal consideración a los estudiantes, personas afectas al reagrupamiento familiar y profesionales de paso con alta cualificación profesional, incluido el grupo de investigadores.

El flujo migratorio irregular o ilegal hacia aquellos continentes ha sufrido una cuantía espectacular en número durante los primeros años del S. XIX con cifras espeluznantes. Pongamos dos ejemplos: 1º. Estados Unidos en el año 2003 estimaba que tenía entre su población emigrante ilegal cerca de unos 7 millones de personas. 2º. Los países europeos también han rozado cifras de vértigo y, en el caso español, con esa política errática de regularizaciones masivas acumulando el "efecto llamada" ha superado un porcentaje de población extranjera que hasta hace años parecía inalcanzable (actualmente estamos en segundo lugar de receptores de inmigración, exactamente tras Alemania a cuyo nivel nos aproximamos, separándonos escasas décimas porcentuales) y ello sin calcular los irregulares (cifras hablan de un millón de personas aproximadamente).

Si debemos subrayar que en los últimos años –quinquenio- parece hacerse estabilizado estas cifras y como otra característica destacable argüir que ahora son los emigrantes de países del Este (Ucrania, Bosnia, Rumanía, Bulgaria, Modalvia, Albania..) los que se están asentado en nuestro país, máxime desde que algunos de ellos han entrado a formar parte de la Unión Europea y les alcanza el principio de libre circulación por todos los países incluidos en aquélla.

No debemos dejar pasar hacer referencia de una creciente emigración "atípica" y que, aunque menos significativa, en números globales es sorpresiva.

Hemos unido a los trabajos de construcción y hostelería (principales sectores receptivos de inmigración) el profesional de sanidad y de atención a mayores o personas discapacitadas. Países como Reino Unido o Portugal se están convirtiendo en meta y destino de profesionales relacionados con la ocupación médica y asistencial para desarrollar sus actividades.

Por último y de índole reciente es el incremento en los flujos migratorios de la mujer (casi circunscrito al nivel asistencial y doméstico como actividades profesionales de prestación) y el autoempleo.

Todas las causas antes referidas han llevado a un descontrol evidente de las estadísticas y son muchas las ocasiones donde fijar contingentes, irregularidad, sectores… son aproximativos, sin una certeza incuestionable de ser aquellos datos los que coinciden con la realidad más al contrario.

Finalizando este epígrafe, y también conocidos por todos, es la dificultad de integración de la mayor cantidad de colectivos que conforman el elenco migratorio que continúan con sus costumbres (criterio elogiable a la par que enriquecedor de culturas) pero que raramente aceptan las propias de los receptores. Ello invariablemente conduce a la separación, al gueto, al recelo, al choque cultural…y se debe luchar con ahínco en limar este distanciamiento intercultural por el bien de las dos sociedades: la que viene y la que ya estaba sita.

Resumiendo:

- Vamos hacia sociedades multiétnicas y multiculturales consecuencia de la globalización de los flujos migratorios.
- Los mercados de trabajo cada vez acrecientan el número y peso de trabajadores inmigrantes.
- Se está produciendo un fenómeno de redes migratorias rozando o cometiendo ilegalidades (grupos organizados de índole mafiosa, trata de blancas, esclavitud…)
- Las políticas migratorias deben tener como objetivo primordial los puntos anteriores y, más trascendentalmente, acabar con las redes ilegales y con el control de la inmigración irregular (más proclive, incluso, a caer en aquellas o en condiciones de trabajo que rozan la sumisión y desprotección de sus derechos fundamentales, ya no solo como trabajadores sino como personas).

- **LEGISLACION COMPARADA.**

Está introducción excesivamente amplia y que entendemos no se podía obviar en todos los puntos comentados y en otros que por razones de espacio no hemos podido analizar o concretar ha hecho que desde un principio se esté intentando legislar todos los aspectos que atañen a los flujos migratorios.

De este modo hallamos normativa de organismo internacionales supranacionales bien de ámbito universal o referidas a planos territoriales continentales o menores (entre ésta, la que más nos interesa, la europea) así como la específica española donde se viene observando unas competencias autonómicas que complican aún más este paisaje de coordinación.

El desarrollo de este apartado va a ser enumerativo, no podemos pretender más, porque es tanta y tan variada que de comentar la más importante correríamos el riesgo de no verla toda, ni hacernos una idea.

Dos precisiones:

- Ni están todas las que son pues nos ceñiremos a las de más entidad.
- Una certeza: hay tanta normativa como poca protección práctica y eficaz de los derechos de los inmigrantes.

A) TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES GENERALES.

A1). ONU

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948
- Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 y Protocolo de Nueva York de 31 de Enero de 1967 (ONU). Publicado en el BOE el 21 de Octubre de 1978.
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de Septiembre de 1954.
- Convención de abolición de la Esclavitud de 1926, enmendada el 7 de Diciembre de 1956.

- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1966.
- Convenio Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación de 21 de Diciembre de 1965.
- Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 y 31 de Enero de 1967.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de Diciembre de 1979.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU de 13 de Diciembre de 1985 sobre declaración de los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.
- Convención de los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989.
- Convención de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, de 18 de Diciembre de 1990.

A2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

- Convenio nº 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 1948.
- Convenio nº 97 sobre Trabajadores Migrantes, de 1949, revisado en 1967.
- Convenio nº 111 sobre Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, de 1958.
- Convenio nº 122 sobre la Política de Empleo, de 1964.
- Convenio nº 143 sobre la Migración en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, de 1975.
- Recomendación nº 86 sobre los Trabajadores Migrantes, de 1949.
- Recomendación nº 100 sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes en los Países y Territorios Insuficientemente Desarrollados, de 1955.
- Recomendación nº 151 sobre Trabajadores Migrantes, de 1975.

A3) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS

- Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de España y la Secretaría General de la OEA de 1967.
- Acuerdo commplementaria del anterior en materia de Migraciones Nacionales e Internacionales de 1981.

- B. TRATADOS Y NORMATIVA EUROPEA

B1). DEL CONSEJO DE EUROPA.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950 y sus distintos Protocolos Adicionales.
- Carta Social Europea, de 1961 y su Protocolo Adicional.
- Acuerdo Europeo sobre exención de visados para los refugiados, de 1959.
- Acuerdo Europeo y Anexo sobre la colocación “au pair”, de 1969.
- Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 1977.

B2) DE LA UNIÓN EUROPEA.

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 1957.
- Tratado de la Adhesión de España, de 1985.
- Tratada de Masstrich, de 1992.
- Tratado de Ámsterdam, de 1997.
- Tratado de Niza, de 2001.
- Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000.
- Directiva 64/2001, del Consejo, de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los Extranjeros en Materia de Desplazamientos y de Residencia, justificadas por razones de orden

público, seguridad y salud pública. Se complementa con las Directivas 72/194 y 75/35, ambas del Consejo en la misma materia.

- Directiva 77/486, del Consejo, de 1977, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes.
- Directiva 96/71 del Parlamento y del Consejo, de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.
- Directiva 2000/43, del Consejo, de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trabajo de las personas independientemente de su origen racional o étnico.
- Reglamento 1612/68, del Consejo, de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.
- Reglamento 1683/95, del Consejo, de 1995 sobre el modelo uniforme del visado. Habría que unir al mismo los Reglamentos 2317/95 y 574/99 sobre la aplicación a terceros países de dichos visados.
- Resolución del Consejo, de 1976, relativa a un programa de acción a favor de trabajadores migranrtes y de los miembros de sus familias.
- Resolución del Consejo, de 1985, sobre orientaciones para una política comunitaria de la migración.
- Resolución del Consejo, de 1994, sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad por cuenta propio.
- Resolución del Consejo, de 1994, sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios.
- Resolución del Consejo, de 1995, relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo.
- Resolución del Consejo, de 1996, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados Miembros.
- Resolución del Consejo, de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 1987, sobre los problemas regionales y los problemas migratorios.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 1996, sobre la libre circulación de personas en el seno de la Unión Europea de Pasaportes, del Espacio Económico Europeo y los Países de Schengen.
- Recomendación del Consejo, de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin.
- Recomendación del Consejo, de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros Estados.
- Conclusiones del Consejo, de 1994, sobre la creación y el desarrollo de un Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de cruce de Fronteras Extranjeras y de Inmigración.

B3) NO ESTRICTAMENTE EUROPEO.

- Acuerdo de Schengen, de 15 de Junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.
- Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de Mayo de 1992.

- **LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

A1) Genérica.

- La Constitución Española vigente de 1978.
- Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

- Real Decreto Ley 5/2001, sobre Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de la calidad.

A2) Específica

- Decreto de 8 de Septiembre de 1932, sobre trabajadores extranjeros.
- Decreto de 29 de Agosto de 1935, sobre colocación obrera de trabajadores extranjeros.
- Decreto 1870/68, de 27 de Julio, sobre régimen de empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros)
- Decreto 522/74, de 14 de Febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español.
- Decreto 1874/78, de 2 de Junio, sobre concesión y renovación de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia.
- Real Decreto 1031/80, de 3 de Mayo, sobre concesión y prórroga de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia.
- Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y Ley Orgánica 2/2009.
- Ley 5/1984, de 20 de Marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición del Refugiado. Modificada por la Ley 9/1994.
- Ley 45/1999, de 29 de Diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacionales.
- Real Decreto 766/1992, modificado por el RD 737/1995, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000.

- Real Decreto 203/1995, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento para la aplicación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado. Modificado por el Real Decreto 865/2001.
- Real Decreto 239/2000, sobre procedimiento para regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria 1ª de la L.O. 4/2000.
- Real Decreto 142/2001,, sobre procedimiento para regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria 4ª de la L.O. 8/2000.
- Resolución de 16 de Marzo de 2000, por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regulación de los extranjeros previsto en la L.O. 4/2000.

- **BREVE COMENTARIO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Veamos como delimita el concepto de trabajador extranjero la legislación española.

La CE en su artículo 13 dispone como criterio general en su apartado 1 que "gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título" pero aclarando que "en los términos que establezcan los tratados y la ley". Se efectúa una remisión expresan al art. 10 del Título I donde se preceptúa que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades… se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"[1]

El art. 14 establece en primer lugar la igualdad ante la Ley pero en una de las múltiples interpretaciones efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, más exactamente en la STC 107/1984, de 23 de Noviembre, se señalan las siguientes ideas: "la igualdad o desigualdad en la titularidad y

[1] La Declaración Universal extiende a toda persona la no discriminación y especialmente en los arts 13, 23 y 23.
Otros textos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 26). Derecho Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 4, 6 y 7). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts 1, 14 y 16). La Carta Social Europea (art. 19)

ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado o ley" para continuar que con tal sentido no se ha "querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas" pero matizando que "no resulta exigible la igualdad de trato".

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 4, recoge los derechos que con carácter general corresponden a cada trabajador, sin distinción alguna en cuanto a su origen y situación en España. Así en su número 1 y 2 se configuran una serie de derechos laborales básicos (el primer apartado casi de remisión genérica a los llamados sindicales y el punto 2 a los que podíamos denominar de segundo orden).

La L.O. 4/2000 titula su artículo 3 con el significativo "Igualdad con los españoles e interpretación de las normas" y en su apartado 1 subraya "la igualdad de condiciones que los españoles" en el goce de los mismos.

En el mismo sentido la L.O. 8/2000 habla de no discriminación, en cualquier caso, sin que se impongan "condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo…solo por su condición de tal –extranjeros-". Aún más progresista e identificadora en este sentido ha sido la reforma operada por la L.O. 2/2009.

Por último el acceso a las Administraciones Públicas es ahora reenviado al Estatuto Básico del Empleado Público y lo único que, en principio, se exige es la residencia en España para adquirir la condición de personal laboral. Claro está, queda la inaccesibilidad a la función pública funcionarial que se reserva exclusivamente a los españoles (en algunos supuestos a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico y Social europeo, extrayendo de este grupo aquellos que ejercen funciones de imperium).

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS INMIGRANTES.

LOS DERECHOS LABORALES.

LA IGUALDAD DE TRATO.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL EXTRANJERO.

Vamos a determinar, en la aproximación de que disponemos dentro de la estructura global de este tema, la posición jurídica del extranjero –no comunitario- que se encuentre en España en relación con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, independientemente de que se encuentra o no trabajando y su situación administrativa sea la de regularidad o irregularidad.

Los extranjeros comunitarios se encuentran en una situación jurídica bien distinta dada su pertenencia a la Unión Europea y los privilegios que este estatus le otorgan. Así la Ley Orgánica 4/2000, en relación con la redacción que le fue dada por L.O. 14/2003 establece que "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos casos que pudieran ser favorables".

La ley Orgánica 2/2009 modifica nimiamente el referido artículo al hacer referencia a la ley reguladora de su situación y así no será la legislación de la Unión Europea sino "la ley que los regula". No tiene mayor importancia la modificación quizás señalar la amplitud del campo normativo que le es de aplicación.

Igualmente quedarían fuera de esta protección los solicitantes del derecho de asilo, pues mientras se tramita el correspondiente expediente administrativo y hasta su resolución no se les puede considerar, en puridad, personas que se hallen dentro de España dispuestos a prestar servicios de naturaleza laboral. De este modo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera que el tiempo que el solicitante de asilo permanece en las dependencias del puesto fronterizo rigen los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona reconocidos por la Constitución a todas las personas sometidas a los poderes públicos españoles.

No debemos avanzar sin dejar claro que hasta hace bien poco tiempo se consideraba en situación bien diferenciada la que se argumentaba del

extranjero en situación legal de aquel que se encontraba en situación irregular, con un mayor plus de derechos reconocidos a los primeros en perjuicio de los segundos, pero ello no era obstáculo para que la doctrina y jurisprudencia buscaran soluciones a fin de que la realidad social de estos últimos fueran reflejo de su realidad jurídica como personas.

La propia L.O. 4/2000 asumió este cambio en su articulado y así las diferentes reformas a que se ha visto sometida, principiando por la L.O. 8/2000 y continuando con la Ley Orgánica 14/2003 han pasado de la contemplación del ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones similares a los nacionales, con independencia de su situación de irregularidad o no, a una situación de casi inexistencia de derechos e imposibilidad de su ejercicio para quienes se encuentren en situación de irregularidad.

Esta deriva ha sido corregida por la Ley Orgánica 2/2009, si bien obligada para ello por la transposición de la distinta y muy variada normación europea a favor de estos derechos fundamentales (han sido varias las Directivas[2] que se han dictado en los años posteriores al 2000 y 2003,

---

a. [2] Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. (DOUE de 6 de diciembre de 2003.
b. Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004.
c. Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004.
d. Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 6 de agosto de 2004.
e. Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004.
f. Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005.
g. Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008.
h. Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009.
i. Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009.

haciéndose eco de los reconocimientos de derechos de todo tipo –entre ellos fundamentales- que se han ido arbitrando a favor de los extranjeros con independencia de su situación administrativa). También ha sido trascendente la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que seguía los mismos indicativos que la normativa europea.

Comenzaremos nuestro estudio con el análisis de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) cuyo tenor literal dice: "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establecen los Tratados y la ley" regulando una reserva a favor "solamente de los españoles" en su apartado 2 respecto a los derechos reconocidos en el art. 23 salvo criterios de reciprocidad para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". El art 23 de la CE recoge el derecho de participación en los asuntos públicos y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Simplificando, salvo esta salvedad parece que se arbitra un sistema amplio y de equitación entre los derechos de los nacionales y los extranjeros (sea cual sea su tipología).

Siguiendo el anterior criterio también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional fijar como principio que siendo la CE obra de los españoles pero no lo es sólo "para los españoles". Los extranjeros no sólo están sometidos a los tratados y las leyes sino que además los derechos humanos, que pertenecen a la persona como tal se deben extender y ser titulares de los mismos tanto los españoles como los extranjeros, sin perjuicio de que algunos no puedan pertenecer a los extranjeros (como la exclusión que hemos reflejado en el anterior apartado del art. 13 en relación con el 23 de nuestra Norma Fundamental).

Esta restricción de algunos derechos excluidos del colectivo inmigrante también tiene su basamento constitucional y así el TC en sentencia de 20 de Julio de 1993 (sentencia nº 254) sentó el siguiente criterio: "la inexistencia de declaración constitucional que proclama la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trabajo entre extranjeros y

españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de la cuestión de igualdad…está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España".

Con lo cual una cosa es evidente: el legislador en todo momento debe respetar un contenido mínimo y esencial del derecho objeto de regulación porque de no hacerlo así y proceder de otra manera se podría dar el paradójico caso de vaciar totalmente de contenido el derecho cuestionado, con lo que finalizaríamos negando la propia existencia de los mismos. Y ello no sólo en conformidad con la legislación española sino con los Tratados y Convenios firmados por España.

¿Por qué debe entenderse de esta manera?. Pues por una directa aplicación de la norma constitucional en cuyo art. 10 se regula: "las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". El contenido de dichos Tratados y Acuerdos formarán parte de nuestra propia normativa interna por su ratificación por España y de conformidad con lo dispuesto en los arts 96 y ss de su texto.

Sin constituir un numerus clausus reseñaremos a continuación los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre esta materia que han sido ratificados por España y que son, entre otros, a saber:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Paco Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Especialmente los números 87, 97 y 117.

Del contenido de cada uno de ellos transcribiremos el articulado que más se acerca al contenido de nuestro estudio. De este modo:

- El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preceptúa: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen 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”. Posteriormente en su articulado regula el derecho a la defensa personalmente o por medio de defensor, así como, en el caso de derechos laborales, la reunión pacífica y la asociación, la libertad sindical y libre sindicación (arts 14, 21 y 22).
- El art 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales regula por su parte que toda persona tiene derecho a “defenderse por si mismo o a ser asistido por un defensor a su elección y, si no tiene medios para pagarlos, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio”, para continuar en la senda de los derechos más propiamente laborales a establecer en su art 11: “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicados y afiliarse a los mismos para la defensa de los intereses”
- Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El 87 comprendedor de la libertad sindical y la protección del derecho de libre sindicación dispone en su art. 2: “los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observas los estatutos de las mismas”. Por otro lado, el Convenio 97, art 11 dice: “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por cuenta propia” tendrá la condición de emigrante. Por último el art. 14 del Convenio 117 es del siguiente tenor literal: se prohíbe “toda discriminación

entre trabajadores fundada por motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato”

- **ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS LABORALES**

El lector avispado se habrá cerciorado de que en el primero de los apartados recién finalizado no sólo se ha hecho mención expresa a los derechos fundamentales de carácter genérico sino que también aquella ha sido de derechos laborales, máxime cuando estos adquieren tal doble condición: fundamentales y laborales (por ese orden).

En este epígrafe nos vamos a referir a derechos laborales fundamentales pero dentro de la legislación de extranjería y social.

La Ley Orgánica 2/2009 preceptúa en su artículo 7: “Los extranjeros tienen el derecho de reunión en las mismas condiciones que los españoles”. Se suprime la referencia del texto anterior a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España.

El art 8 al exponer el derecho de asociación: “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”. Hacemos la misma afirmación que en el párrafo anterior en cuanto a la supresión de autorización administrativa alguna en relación con su residencia o estancia en España.

Por último el art. 11 del mismo Cuerpo Legal, en su actual redacción es del siguiente tenor literal: “1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.”. Nuevamente desaparece el requisito de autorización de residencia o estancia en España. Añade, a continuación, el apartado 2: “Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”. Aquí la modificación y supresión de requisitos es doble, en relación al anterior texto legal: por un lado, por un lado desaparece que tengan que estar autorizados para trabajar; por otro se igualan en las condiciones de su ejercicio a los españoles.

La influencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 se muestra en toda su plenitud y significación y sus criterios interpretativos en cuanto a los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y

huelga han sido llevados al plano legislativo con la reforma operada por la ya aludida Ley Orgánica 2/2009.

Todos los artículos hasta ahora tratados tienen el carácter de colectivos.

Como no podemos obviar los individuales –a los que dedicaremos un estudio más detallado en temas concretos, al igual que a los colectivos- de forma telegráfica señalar que los contratos de trabajo han pasado, en un hito histórico-jurisprudencial-legal a pasar de calificarse como contratos laborales nulos, sin perjuicio del cobro de los salarios dejados de percibir por las prestaciones laborales, a circunscribirse a la ineficacia de los contratos de trabajo, para terminar reconociendo la eficacia de los mismos, salvo ciertas limitaciones fácilmente comprensibles (desempleo, obligación de readmisión…) para los contratos donde sean parte trabajadores irregulares.

Pese a no ser derechos laborales propiamente dichos, vamos a tratar a continuación de otros derechos que de una u otra forma, sin perjuicio de su consideración como fundamentales, influyen de distinta manera en las relaciones laborales y que éstas se puedan llevar a la práctica. Sin el ejercicio de los siguientes no pueden desarrollarse los anteriores.

Principiaremos, siguiendo el orden legislativo, por el derecho a la libertad de circulación, ex art 5: "1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las Leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

2. No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución, y, excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que

justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente".

A continuación el art. 10 lleva por título el Derecho al trabajo y a la Seguridad Social con el siguiente contenido: "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. 2. 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".

Por idéntico camino dispone el art. 14 con el título Derecho a la Seguridad Social y servicios sociales:" 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 condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas"

Más concretamente y circunscribiéndose al ámbito de la Seguridad Social el art. 12 regula específicamente uno de las manifestaciones del sistema prestacional español radicado en aquel régimen de la seguridad social, el derecho a la asistencia sanitaria: "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. 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 tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto".

Para concluir este apartado citaremos el derecho a la reagrupación familiar que, si bien, no tiene el carácter de derecho fundamental dada la incidencia sobre los mismos más que una vez producido dicho reagrupación a los familiares les pueden ser extensibles la cobertura de aquéllos o adquirirlos como tales si se produce la independencia del núcleo familiar como también contempla la ley. A tal fin el art. 17 preceptúa: "El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

a. El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.
b. Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria

potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

c. Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

d. Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores. Excepcionalmente, cuando concurran razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica.

Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos

dispuestos en el apartado segundo de este artículo, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

En todo caso, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí.

No podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la Ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

Reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.

- **LA IGUALDAD DE TRATO**

Independientemente de la regulación jurídica del derecho fundamental a la igualdad recogida en el art. 14 de la vigente CE y a la distinta normativa internacional que hace, igualmente, alusión al derecho de igualdad nos vamos a ceñir en este apartado al más concreto de esa igualdad reduciéndola al trato que se debe dar a los inmigrantes irregulares en las relaciones laborales y será en este punto donde restringiremos nuestro estudio.

Indicar que esta igualdad de trato se ha reconocido fundamentalmente gracias a la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha sentado una serie de bases que tendremos en cuenta y que a continuación vamos a exponer.

La STC 107/1984, de 23 de Noviembre, argumenta en su Fundamento Jurídico 3: "…produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeras, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos

que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano…que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español"…aunque no da un listado cerrado si identifica algunos como el "derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc, corresponde a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles". Si bien la misma resolución establece que exigir el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad para celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, a la Constitución. No resulta pues esta desigualdad con respecto a los española en modo alguno inconstitucional porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato.

Pese al anterior criterio una posterior sentencia indica que una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otras es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales en cuanto a los derechos esenciales o fundamentales.

Con la misma argumentación se entienden las STC 94/1993 y 130/1995. Sirva como ejemplo la siguiente fundamentación jurídica de la primera de ellas: "es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella". La segunda por su parte argumenta: "el derecho invocado por el recurrente –al desempleo- está subordinado a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca".

En definitiva y resumiendo:

- Hay derecho que vinculado a la dignidad humana debe ser reconocido a todas las personas: españoles, extranjeros legales extranjeros ilegales: la vida, integridad física, libertad ideológica…

- Otros derechos no corresponden a aquella categoría y entre los mismos podíamos hallar el de entrada y permanencia en territorio nacional, el derecho al trabajo y el derecho a prestaciones de la Seguridad Social.
- Estos derechos pertenecen también a los extranjeros siempre de los términos que digan las Leyes o Tratados Internacionales y, lo usual, es que su ejercicio y disfrute se condicione a la obtención de autorizaciones administrativas.
- Es irrelevante que la ley establezca diferencias en el disfrute de los derechos reconocidos en la CE para los españoles porque siempre se deberá respetar el contenido establecido en los mandatos constitucionales, esto es, el contenido esencial de aquellos derechos.
- La aplicación de esas leyes deberá ser razonada y razonable para no violar el canon de constitucionalidad: el respeto al derecho fundamental que esa ley regula.

CAPÍTULO III

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (I). ESTUDIO DE CONJUNTO

Es una constante tanto en la normativa patria así como en el Derecho comparado la diferenciación entre inmigrantes legales e ilegales. Los primeros son aquellos que reúnen la documentación administrativa oportuna –permisos de residencia y de trabajo- en contraposición a los segundos que carecen de la disponibilidad de documentación alguna que le permitan permanecer en nuestro país.

En puridad, a los primeros se les reconoce una serie de derechos mientras que a los segundos se les tendría, en principio, que expulsar del territorio español, si bien se le reconocen ciertos derechos mientras permanezcan en España (principalmente de índole constitucional como hemos referido en temas anteriores).

Este anticipo en el estudio no es tan simple dado que ha tenido una historia normativa que es conveniente tratar para que comprendamos los avatares y etapas legislativas en nuestro ordenamiento jurídico.

Silenciando el período preconstitucional relacionaremos tres etapas postconstitucionales claramente diferenciadas:

A). La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio (primera ley de extranjería).

Se refería únicamente o en exclusividad los derechos de los inmigrantes que se encontraran legalmente en España. Su Preámbulo habla por nosotros:

"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".

Al extranjero ilegal se le reconocen sólo ciertas garantías procedimentales en la tramitación de su expulsión, a cuyo expediente se le considera preferente.

También omite esta Ley Orgánica referencia alguna a derechos laborales individuales de los trabajadores en situación legal, pero si que enuncia algunos derechos colectivos tales como los de afiliación sindical y huelga, contemplados en el art. 10. la Seguridad Social y la protección que ampara es igualmente ignorada aún para los inmigrantes regulares.

Aquella omisión fue suplica por el primer Reglamento de desarrollo de esta Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo, cuyo artículo 32 expresaba: “ el salario y demás condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados a trabajar en España por cuenta ajena, no podrán ser inferiores, en ningún caso, a los fijados por la normativa vigente en territorial español o determinados convencionalmente para los trabajadores españoles en la actividad, categoría o localidad de que se trate”.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 disponía en su art. 7 la capacidad para trabajar de los extranjeros, pero con remisión expresa a la legislación que regule dicha materia, esto es, a la ya citada. Será el art. 9 del mismo Estatuto (por cierto invariado hasta nuestros días) el que aporte más luz, es decir, recoja algunos derechos de estos inmigrantes ilegales: “en el caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ha hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”. Fue un primer paso para el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes irregulares en la contratación laboral.

Por su parte la Legislación sobre Seguridad Social hacia aún una distinción más curiosa: diferenciaba entre los extranjeros de estirpe ibérica (hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, filipinos y, posteriormente, guineanos – de Guinea Ecuatorial, antigua colonia-) y el resto de extranjeros. Los primeros equiparados a los españoles, en cuanto al resto la ya clásica remisión a los Tratados Internacionales y a falta de éstos, al principio de reciprocidad tan característico del ordenamiento internacionalista. Si destacó dos importantes instituciones de arraigo laboral y que dieron lugar a abundante jurisprudencia amplificadora del reconocimiento de derechos que la ley evitaba. Así: una primera, el reconocimiento del nacimiento de la obligación de cotizar desde el comienzo mismo de la prestación del trabajo; una segunda, alta de pleno derecho y sin necesidad de carencia para acceder a las prestaciones dimanantes de las contingencias profesionales.

Como Convenios firmados por España más destacables nos referiremos a tres en concreto:

- Convenio OIT 19 sobre igualdad de trato en materia de indemnización por accidentes de trabajo a los nacionales de todos los países que lo hubieren ratificado y ello sin ninguna condición en cuanto a la residencia.
- Convenio OIT 97 con igualdad de trato con los nacionales de los países receptores de los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio en diversidad de materias tales como: remuneración, horas extraordinarias, vacaciones pagadas, trabajo de mujeres y menores, afiliación a sindicatos…
- Convenio OIT 157 sobre establecimiento internacional de un sistema de conservación de prestaciones de Seguridad Social, etc.

En definitiva, se reconocían derechos laborales a los inmigrantes regulares pero a los irregulares solo se les respetaba el de remuneración salarial derivada de la relación laboral.

España se adhirió a la Comunidad Económica Europea a primero del año 1986 (hoy Unión Europea) y entre los derechos de aquel Tratado se reconocía la libertad de establecimiento y circulación por todos los países que lo habían firmados de cualquier ciudadano de alguno de los países miembros. Quedaban, desde ese momento, fuera de la aplicación de la ley de extranjería y quedaban completamente equiparados a los españoles (salvo en algunas funciones públicas de imperium). Por consiguiente, la entrada, permanencia y desarrollo de cualquier actividad por ciudadano miembro de la Unión Europea en España se rige por el derecho comunitario. Significar que más adelante se unirían los ciudadanos de los países que componen el Espacio Económico Europeo, con iguales derechos y prerrogativas.

B). <u>El Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero</u>.

Una década después del primer Reglamento de desarrollo aparece este segundo que da un giro sustancial a la Ley Orgánica de Extranjería de 1985.

La jurisprudencia constitucional tuvo acceso a la normativa española por mor de una disposición reglamentaria que respetaba y compartía aquella.

El art. 2 preceptuaba: “Derechos subjetivos de la persona.

1. Los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones con los españoles, los derechos que son inherentes a las personas”.

No se hacen expresa mención a los mismos pero a buen entendedor se deberían entender como tales: derecho a la vida, integridad física, libertad ideológica, educación, tutela judicial…(estos dos últimos si que los recogían los apartados 2 y 3 del precepto trascrito.

En los artículos siguientes y consecutivos (arts. 3 a 11) si que se hace una enumeración de derechos a los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español y así: libre circulación, reunión, asociación, sufragio activo y pasivo en elecciones municipales en condiciones de reciprocidad, sindicación, huelga, educación, asistencia y prestaciones sociales, protección a la salud, fundación y libertad de empresa. Los derechos relacionados con el contrato de trabajo e inherentes a la relación laboral se condicionaban a la obtención del permiso de trabajo.

No parece mucho pero fue muy significante para la época en que se dictó, con los antecedes que le precedían y el haber recogido por primera vez algunos derechos de los inmigrantes ilegales.

C. La L.O. 4/2000, reformada por la L.O. 8/2000 y L.O. 14/2003.

Se continúan ampliando los derechos laborales de los inmigrantes irregulares y los derivados del contrato de trabajo.

La L.O. 4/2000, siguiendo ya una pauta habitual en la legislación anterior, establecía un principio genérico de igualdad entre españoles y extranjeros para posteriormente ir dirigiendo una serie de derechos específicos a favor de todos aquellos extranjeros que se encontraran en situación regular en España.

Aún con aquella idea ya preconcebida supuso un avance al introducir el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, a la libertad de sindicación y huelga y al derecho de asistencia sanitaria a cualquier extranjero, sea o no regular o irregular. El único requisito que solicita para el uso y disfrute de dichos

derechos era el hallarse inscrito en el Padrón Municipal de Habitantes lo que no precisa de la autorización de residencia.

Subrayable el art. 33 en el punto 3 al disponer: “la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que diere lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

No se aclaraba con nitidez si estos derechos del contrato de trabajo y de la Seguridad Social incluía a todos los residentes: regulares o irregulares.

La Ley Orgánica 8/2000 pretendió poner luz en esta dicotomía de derechos de unos y otros pero hemos de reseñar que todo quedó en un espejismo por los que los recursos de constitucional fueron una solución donde no la había.

Podríamos establecer los siguientes derechos reconocidos por una y otra Ley Orgánica atendiendo a una enumeración articular para separar derechos de inmigrantes regulares e irregulares.

1. Derechos de los Inmigrantes Regulares:

- Libertad de circulación y residencia.
- Participación pública.
- Libertad de reunión y manifestación.
- Libertad de asociación.
- Educación no obligatoria.
- Otras enseñanzas.
- Docencia e investigación científica.
- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.
- Acceso al empleo público.
- Libertad de sindicación.
- Derecho a la huelga.
- Vivienda.
- Seguridad social y servicios sociales.
- Derecho a la intimidad familiar y reagrupación.
- Asistencia gratuita para todo tipo de procesos.

2. Derechos de todos los Inmigrantes, incluidos los Irregulares.

- Derecho a la documentación.

- Enseñanza básica, gratuita y obligatoria.
- Educación Infantil.
- Asistencia sanitaria.
- Servicios y prestaciones sociales básicas.
- Igualdad fiscal.
- Derechos bancarios.
- Tutela judicial efectiva.
- Derecho a los recursos administrativos.
- Asistencia jurídica gratuita, con intérprete para los procedimientos de entrada, expulsión o salida obligatoria.
- Prohibición de discriminaciones.

CAPÍTULO IV

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (II).

EL CONTRATO DE TRABAJO

Y LAS NUEVAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN.

Sin perjuicio de la remisión expresa al tema que antecede, dado el carácter encadenado de la materia que ahora nos ocupa, vamos a enfocar aún más el estudio de los derechos laborales individuales para centrarnos en el contrato de trabajo y las posibles modalidades de contratación que se establecen en la normativa vigente y pueden desarrollar los inmigrantes irregulares.

EL CONTRATO DE TRABAJO.

Comenzar significando dos características típicas del contrato de trabajo de extranjeros: la temporalidad y la precariedad. No son circunstancias propias del derecho patrio mas, al contrario, se repite de forma sistemática en todos los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno.

La primera se vincula a las distintas autorizaciones administrativas que se requieren –de residencia, de permanencia-, unidas al límite del tiempo que se supone que el extranjero va a permanecer en un país en concreto; la segunda, viene provocada por situaciones más estructurales: así, generalmente, la mano de obra inmigrante suele tener el carácter de no cualificada y en conjunción con las situaciones económicas reinantes es caldo de cultivo para que aquéllos presten el desempeño en actividades laborales que no quieren para sí los nativos, consecuentemente, de menor categoría profesional, salarios… unido a un mayor abuso por parte de los empresarios. Pensemos que en muchas ocasiones el extranjero irregular no sólo aceptara aquellos trabajos “indeseados” sino que va a permitir, porque no les queda otro remedio, una explotación en sus condiciones laborales inimaginable para los nacionales o extranjeros en situación legal, entre otros causas por desconocimiento de sus derechos y, aunque los conozca meridianamente, por el miedo a que su ejercicio les puede colocar en una situación administrativa que les conlleve a la expulsión del territorio español. Si analizamos que actualmente se prevé la existencia de un 20% de economía sumergida en España, con unos 200.000 millones de euros que no afloran al control económico tributario, no nos es difícil atribular que una buena parte de aquella economía la presta el sector de la inmigración irregular (se calcula que entre un

60 al 80%, teniendo en cuenta la poca fiabilidad de estos últimos datos por el mismo carácter de esta actividad).

La legislación postconstitucional sobre el contrato de trabajo se caracteriza por una serie de hitos o sucesiones histórico-jurídicas hasta llegar a la actualidad:

a) La Ley de 1 de Julio de 1985 (art 10 en relación con el 33), con una tesis que podíamos denominar de "clásica" mantuvo la nulidad del contrato de trabajo de los inmigrantes irregulares, nacida de la concepción de que si aquéllos se encontraban en situación ilegal el contrato de trabajo se viciaba de esta ilegalidad y se debía declarar nulo con la única posibilidad de reclamar los salarios adeudados por el trabajo prestado. Conjugaba el sentido de la Ley de 1985 con el Código Civil (art 6 en relación con el 1526) y el Estatuto de los Trabajadores (art. 7).

   Si resulta realmente paradójico que pese a aquella tesis se permitía el acceso de estos inmigrantes irregulares a la legislación procesal laboral para poder reclamar los salarios debidos (art. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral).

   En esta etapa lo que se propiciaba era un favorecimiento aún mayor a la parte más poderosa de la relación laboral porque además podía en cualquier momento dar por terminado el contrato sin mayor temor que la reclamación de los salarios debidos. Aún se subyugaba más al trabajador irregular en la sumisión que ya, de por sí, era inadmisible.

   Pronto la jurisprudencia, especialmente la de los Tribunales Superiores de Justicia en recursos de suplicación que posteriormente fueron casadas ante el Tribunal Supremo, fueron encauzando estas situaciones con resoluciones que otorgaban mayor protección, con reconocimiento de mayores derechos laborales, a los irregulares.

b) Las leyes Orgánicas 4/2000, 8/2000 y 14/2003 (las dos últimas reformadoras de la primera; arts. 33 y posterior 36 de sus respectivos Cuerpos Legales), superan la anterior y otorgan

una mayor tutela judicial efectiva al trabajador extranjero irregular, nivelando los derechos con el empleador. Ya no sólo se reconoce el derecho a los salarios dejados de percibir sino que se responsabiliza al empresario "en materia de seguridad social" y cuyo cambio más profundo supone el que "no se invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Al empleador se le obliga a dar de alta la relación laboral solicitando la autorización administrativa del extranjero en situación irregular para poder trabajar.

El abandono de la tesis de la nulidad por la jurisprudencia ya es totalmente manifiesto y reconoce efectos jurídicos al contrato de trabajo 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…".

Además el art. 36.3 ya no limita los derechos a ningún colectivo pues la protección de la tutela judicial efectiva se otorga a "todas las personas".

c) La última reforma llevada a cabo por la L.O. 2/2009 continúa con la línea mantenida por la legislación referenciada en el apartado que antecede. Así en el apartado 5 del art. 36 dispone: "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 obstáculos para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores y 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". Su contenido es más explícito y de mayor comprensión que el del texto original ahora reformado, si bien hace una remisión un tanto indeterminada a qué convenios internacionales –y los derechos contemplados en los mismos- se está remitiendo (estamos ante una remisión genérica y en blanco). Igualmente deja muy claro que el reconocimiento de los derechos laborales no modifica la situación administrativa.

Añade un apartado 7 de interés al especificar que "no se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo". Es un añadido obvio máxime en las circunstancias actuales donde se han efectuado ingentes gastos, con cargos presupuestarios, en políticas de retorno. No decir nada era tanto como facilitar el fraude en la práctica de una vuelta vulneradora de un compromiso previo (signifiquemos, eso es lo que pretende la ley lo que en la realidad ocurra es otra cuestión). No se indica nada del plazo del compromiso de no retorno, lo que imaginamos que se hará reglamentariamente, pero debió haberse previsto. Claro, señalar, que es otra forma de facultar a los respectivos Gobiernos de cada momento a adoptar por vía reglamentaria el plazo que más se adapten a su política migratoria.

Se abre, por último, la posibilidad de que los trabajadores extranjeros participen en sociedades anónimas laborales y sociedades cooperativas. Habrá de estarse, igualmente, a su desarrollo reglamentario.

La normativa vigente, más profusamente la reglamentaria, ha establecido siempre dos formas de acceso al mercado de trabajo de los extranjeros –en paridad con los españoles-: el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, con un mayor recelo a esta segunda opción por tener

un control más difuso para la Administración que la primera de las vías indicadas.

La redacción dada al art. 10 por la L.O. 2/2009 recoge aquellas formas de acceso al mercado laboral: " 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. 2. 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*".* Se ha producido una modificación en el acceso al empleo público pues donde antes se hacia una remisión expresa a las condiciones de igualdad de otros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y a los principios de igualdad, mérito y capacidad ahora se hace a una normativa en concreto, la Ley que regula el Estatuto Básico del Empleado Público. Además de una mayor concreción legislativa subrayar, grosso modo, que el extranjero puede acceder como personal laboral a cualquier Administración Pública pero, en principio, no podrá ingresar como funcionario público y, obviamente, esta denegación lo será de todo punto cuando aquella función pública esté revestida de "imperium" (Carrera Judicial, Fiscal, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado…).

Visto lo anterior, pasaremos ahora al estudio de las modalidades de contratación.

MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Seguiremos con el distingo –como así lo hace la ley y la doctrina- entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.

A) CUENTA AJENA

A.1.) De carácter temporal

Previamente, transcribiremos los requisitos legislativos comunes para cualquier este tipo de actividad.

Dispone el art 36 (redacción LO 2/2009): “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. 2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad. 3. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las Leyes así lo exigiesen, a la colegiación. 4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización. 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. 6. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad. 7. No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo”.

En cuanto a los requisitos de residencia y otras autorizaciones administrativas (plazos, documentación, etc) habrá de estarse en primer lugar, a lo dispuesto en la nueva regulación establecida en la L.O. 2/2009 y, muy especialmente, a lo establecido en sus disposiciones adicionales y finales; en lo allí no contemplado y hasta tanto se apruebe, publique y entre en vigor una nueva disposición reglamentaria más acorde con la nueva legislación, a lo preceptuado en el Reglamento 2393/2004, de 30 de Diciembre, en aquello que no contradiga a la ley orgánica vigente. Destacar que se ha comenzado a dar participación en esta materia a las Comunidades Autónomas cuando antes no se hacia mención alguna a estos entes territoriales. Simplemente, significarlo, al no poder detenernos más en este análisis para centrarnos más al contenido del presente tema.

A la generalidad de los requisitos expuestos con anterioridad le suceden otros de índole más específica que deberán ser tenidos en cuenta por las autoridades administrativas a efectos de conceder o no la correspondiente autorización.

Señalaremos:

Para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y

disponibles. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos.

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.

El empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad 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.

La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un determinado territorio y ocupación. Su duración se determinará reglamentariamente.

La autorización de residencia y trabajo 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.

b. Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo.
c. Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.
d. Cuando concurran otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

A partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico u ocupación.

La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos".

Reiterar las adiciones llevadas a cabo por la legislación vigente, esto es, a saber:

a) la autorización de trabajo y residencia se concederán conjuntamente. Requisito que había sido reclamado por más de un autor ya que facilita la tramitación burocrática y garantiza el ejercicio menos gravoso de esta documentación tanto al empresario como al trabajador (llegado el supuesto legal en que se faculte a aquél para la tramitación).
b) El acompañamiento a la documentación del apartado a) del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización.
c) Los puntos 2, 3, 4, 5 y 8 de los requisitos específicos anteriores son totalmente novedosos y han sido la plasmación de llevanza normativa de los estudios doctrinales al efecto emitidos.

d) Se han introducido los supuestos de extinción del contrato laboral o suspensión de la relación laboral para las mujeres víctimas de violencia de género. Ver art. 31 bis de la L.O. 2/2009 en cuanto a los permisos de residencia y trabajo de este nuevo colectivo y los beneficios que se les otorgan.

A.2. De Duración Determinada

Circunscritos a las siguientes actividades:

- Trabajadores de Temporada o Campaña:

El Gobierno regulará reglamentariamente la autorización de residencia y trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional, así como la documentación de su situación, de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan.

Para conceder las autorizaciones de residencia y trabajo deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas.

Las Administraciones públicas promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados.

Las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

Las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y los agentes sociales promoverán los circuitos que permitan la concatenación de los trabajadores de temporada, en colaboración con la Administración General del Estado.

Reglamentariamente se determinarán las condiciones para que los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas que desarrollen

su actividad en otro país puedan ser autorizados a trabajar temporalmente en España para la misma empresa o grupo.

- Régimen Especial de los Investigadores

Tendrá la consideración de investigador el extranjero cuya permanencia en España tenga como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

Las entidades dedicadas a la investigación, públicas o privadas, que cumplan las condiciones previstas reglamentariamente, podrán ser autorizadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según corresponda, como organismos de investigación para acoger a investigadores extranjeros. Esta autorización tendrá una duración mínima de cinco años, salvo casos excepcionales en que se otorgará por un período más corto. Si transcurrido el plazo máximo no se hubiera notificado resolución expresa legítima al interesado, la solicitud deducida por éste se entenderá desestimada por silencio administrativo.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la firma del convenio de acogida entre el investigador y el organismo de investigación y las condiciones del proyecto de investigación.

La situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo, que se renovará anualmente si el titular sigue reuniendo las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial.

Los extranjeros admitidos con estos fines podrán impartir clases o realizar otras actividades compatibles con su actividad principal de investigación, con arreglo a la normativa en vigor.

El organismo de investigación deberá informar cuanto antes, a la Autoridad que concedió la autorización de residencia y trabajo, de cualquier acontecimiento que impida la ejecución del convenio de acogida.

Todo extranjero admitido en calidad de investigador en otro Estado miembro de la Unión Europea que solicite realizar parte de su investigación en España durante un periodo superior a tres meses podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo y obtenerla si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado, pero pudiendo exigirse un nuevo convenio de acogida.

Una vez finalizado el convenio de acogida, o resuelto por causas no imputables al investigador establecidas reglamentariamente, tanto el investigador como los familiares reagrupados podrán ser autorizados para residir y ejercer una actividad lucrativa sin necesidad de un nuevo visado.

- Profesionales Altamente Cualificados

Se considerará profesional altamente cualificado a los efectos de este artículo a quienes acrediten cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente.

Los profesionales altamente cualificados según este artículo obtendrán una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la UE.

Para la concesión de las autorizaciones destinadas a profesionales altamente cualificados podrá tenerse en cuenta la situación nacional de empleo, así como la necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero.

El extranjero titular de la tarjeta azul de la UE que haya residido al menos dieciocho meses en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá obtener una autorización en España como profesional altamente cualificado. La solicitud podrá presentarse en España, antes del transcurso de un mes desde su entrada, o en el Estado miembro donde se halle autorizado. En caso de que la autorización originaria se hubiera extinguido sin que se haya resuelto la

solicitud de autorización en España, se podrá conceder una autorización de estancia temporal para el extranjero y los miembros de su familia.

Si se extinguiese la vigencia de la autorización originaria para permanecer en España o si se denegase la solicitud, las autoridades podrán aplicar las medidas legalmente previstas para tal situación. En caso de que procediese su expulsión ésta se podrá ejecutar conduciendo al extranjero al Estado miembro del que provenga.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la concesión y renovación de la autorización de residencia y trabajo.

Régimen Especial para realización de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

Podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral:

a. Cursar o ampliar estudios.
b. Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores regulado en el apartado que antecede y al que nos remitimos.
c. Participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos.
d. Realizar prácticas.
e. Realizar servicios de voluntariado.

La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del curso para el que esté matriculado, de los trabajos de investigación, del intercambio de alumnos, de las prácticas o del servicio de voluntariado.

La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza o

científico al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios o los trabajos de investigación, bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realice las prácticas.

Los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma, mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regulará de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación au pair.

Se facilitará la entrada y permanencia en España, en los términos establecidos reglamentariamente, de los estudiantes extranjeros que participen en programas de la Unión Europea destinados a favorecer la movilidad con destino a la Unión o en la misma.

Todo extranjero, admitido en calidad de estudiante en otro Estado miembro de la Unión Europea, que solicite cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en España podrá solicitar una autorización de estancia por estudios y obtenerla, si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado.

A fin de que todo extranjero admitido en calidad de estudiante en España pueda solicitar cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en otro Estado miembro de la Unión Europea, las Autoridades españolas facilitarán la información oportuna sobre la permanencia de aquél en España, a instancia de las Autoridades competentes de dicho Estado miembro.

Se someten al régimen de estancia previsto en este apartado los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias, salvo que ya contaran con una autorización de

residencia previamente al inicio de los mismos, en cuyo caso podrán continuar en dicha situación.

- Régimen Especial de los Trabajadores Transfronterizos y prestación transnacional de servicios.

Se definen como trabajadores transfronterizos a los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de seguridad social lo establecido en la ley.

Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente (generalmente se concede por períodos de cinco años y renovable mientras su titular continúe en activo desempeñando la actividad laboral para la que le fue concedida).

Para FINALIZAR este apartado es necesario y conveniente aludir a que la L.O. 2/2009 en relación con la L.O. 4/2000 ha regulado los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo y excepciones a la autorización de trabajo, concretamente en los arts. 40 y 41 respectivamente, a los que hago remisión expresa para aquel interesado que quiere tener un conocimiento más profuso y profundo del tema.

B. CUENTA PROPIA (TRABAJADOR AUTÓNOMO)

Tal figura esta recogida en el art. 37 de la L.O. 2/2009 que ha dado nueva formulación, con ampliación de la anterior, que hizo en su momento la L.O. 4/2000.

Establece al efecto:

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.

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.

La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos.

A los anteriores requisitos habrán de adicionarse:

Residir legalmente en España, con pasaporte o documento de viaje en vigor.

Carecer de antecedentes penales tanto en España como en el país de nacimiento como en aquellos donde haya permanecido con anterioridad.

Poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente para el desarrollo de la actividad profesional para la que solicita la autorización.

Colegiación y, en su caso y previamente, homologación de títulos o estudios necesarios.

Acreditar inversión económica suficiente y necesaria para el desarrollo de la actividad o, en su caso, contar con el apoyo a tal fin de entidades financieras.

Proyecto de la actividad a realizar.

Obtener las licencias administrativas oportunas de instalación, apertura o funcionamiento de establecimientos o actividad.

Certificación sanitaria de no padecer enfermedad contagiosa o de otro tipo que conlleven la posibilidad de establecer un período de cuarentena.

CAPÍTULO V

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (III).

LA SEGURIDAD SOCIAL

Hemos relatado, y ya debe haber quedado asentado en nuestros conocimientos, los derechos laborales individuales que tiene todo trabajador extranjero, especialmente el más desprotegido –el irregular-, en relación con la eficacia del contrato de trabajo y, consiguientemente, sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de aquella relación laboral.

Es el momento ahora de estudiar concretamente el apartado de los derechos a prestaciones de la Seguridad Social que tienen los inmigrantes irregulares.

- **MODALIDAD CONTRIBUTIVA.**

La Ley General de la Seguridad Social establece el campo de aplicación de nuestro sistema de protección social, en la modalidad contributiva, a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España equiparándolos en este punto a los españoles, sin que quepa discriminación alguna por su nacionalidad.

Antes ya existía una equiparación plena y no sometida a condición alguna con los trabajadores extranjeros de procedencia hispanoamericana, portuguesa, brasileña, filipina o andorrana residentes, a la que se unieron los nacionales de Guinea Ecuatorial.

Pese a este requisito de residencia o permanencia legal en España por cualquier motivo, la jurisprudencia reconocía en los supuestos de nulidad o ineficacia del contrato laboral (más paradójico el primero de los supuestos) la obligación de cotizar de los empresarios responsables de no haber dado de alta ni cotizado por los inmigrantes irregulares con quienes les unía una relación laboral.

Para resolver esta situación se formula el art. 7 de la LGSS por Ley 13/1996 y ahora sólo se vincula la inclusión del extranjero en la acción protectora de la Seguridad Social a su presencia en nuestro país, desligándose así de que trabaje o no. La irregularidad desde el punto de vista estrictamente laboral no le excluía de aquella protección. Esto lo confirma aún más el hecho de la remisión de aquel precepto al art. 1 del Estatuto de los Trabajadores donde no se exige permiso de trabajo.

Además resultaría cuanto menos chirriante que por mor de la aplicación de la normativa española se pudiera llegar al hecho de no reconocer estos derechos al trabajador por cuenta ajena y sí al trabajador por cuenta propia cuya regulación no le excluía de aquellas prestaciones.

A mayor abundamiento, si se excluye a los trabajadores en situación irregular en lo que respecta al sistema protector de la Seguridad Social se favorece aún más al empresario al no tener que cotizar ni dar de alta a un trabajador que le presta sus servicios laborales sin que le genere ningún tipo de responsabilidad en esta materia (a salvo queda las relativas a contingencias profesionales, como ya estudiaremos).

Una puntualización antes de entrar en debate: la asistencia sanitaria de urgencia (con grave riesgo para la vida o la integridad física) tiene el carácter de universal en la legislación española, o sea, que se reconocerá y facilitará a españoles y extranjeros, cualquiera que sea la condición de éstos en relación con su estancia en nuestro territorio.

La nueva legislación de extranjería formada por la Ley Orgánica 4/2000 (modificada por las L.O. 8/2000, 14/2003 y 2/2009) establece, en relación con este tema, los siguientes preceptos:

- **Art 10:** ***Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.***

"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".

Al utilizar el sustantivo "residente" deja fuera de la órbita de su alcance al extranjero en situación irregular pues deben reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen como elemento necesario para tener acceso al sistema de la Seguridad Social.

Esta remisión nos reenvía a los arts. 12 y 14 del mismo Cuerpo Legal donde se dispone:

Art. 12: Derecho a la asistencia sanitaria.

"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.

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.

Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto"

Art 14: Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales.

"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 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.

Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas".

Conjugándolos con el art. 36 de la misma norma, en lo que interesa:

"La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

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".

Todos estos contenidos nos van a permitir un estudio conjunto y en los correspondientes apartados de los requisitos y colectivos humanos a que hace referencia.

De este modo comenzaremos nuestro análisis:

- Las cotizaciones efectuadas en España y en el extranjero. Sus efectos.

La STS de 5 de Mayo de 1997 trató esta cuestión aplicando el principio "prorrata temporis", esto es, el pago de la pensión se calcula en proporción al tiempo cotizado en cada país y a partir de ahí se distribuye la obligación en proporción entre las entidades gestores que tengan asumidas esta competencia en cada Estado. Cada una de ellas calculará la cantidad a que está obligada al pago y la abonará.

Cada país abonará en relación a las cotizaciones efectuadas en el mismo lo que conlleva a que, llegado el caso, la entidad gestora española no está obligada a la satisfacción completa de la pensión que resulte de la suma de los totales, porque cada Estado asume su porcentaje.

- La asistencia sanitaria de algunos colectivos específicos de extranjeros.

Estamos en una diatriba jurídica pues si lo relacionamos con el art. 38 de la LGSS puede provocar una problemática de muy difícil solución.

En efecto el art. 38 de la LGSS comprende la asistencia sanitaria en casos de maternidad, de enfermedad común y de accidentes, sean o no de trabajo incluyendo este beneficio a los familiares y asimilados.

Si el concepto de familia queda limitado por las normas del Código Civil no así el de “asimilados”. Ya tuvo ocasión de pronunciarse el TC sobre este derecho que concedió a una pareja de hecho y ello llevó al Ministerio de Trabajo a reconocérselo a tal grupo así como al que compone la familia tradicional. Y es en este punto donde surge la controversia dado que nos vamos a encontrar con extranjeros cuyas costumbres, religiones o legalidad nacional comprenden dentro de la familia tradicional supuestos no previstos en la legislación española (poligamia, matrimonio múltiples…). No son situaciones hipotéticas o meramente enunciativas, es que se están dando ya y sería bueno que el legislador previera estas situaciones porque los costas y gastos al sistema pueden ser ingentes.

Centrándonos en los citados en los arts 12 y 14 encontramos los siguientes:

1. Extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio donde residan habitualmente.

   Tienen derecho a la asistencia sanitaria solamente en casos de accidente o de urgencia, hasta su alta médica.

2. Menores de 18 años.

   Reciben el mismo trato que los españoles.

3. Discapacitados.

   Idem al número anterior.

4. Restantes extranjeros que se encuentren en España

   Tienen igualmente reconocido el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente,

cualquiera que sea la causa y la continuidad de la misma hasta su alta.

5. Mujeres extranjeras embarazadas que se encuentren en España

Tienen, asimismo, reconocido el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

6. Mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

Es un colectivo introducido por la L.O. 2/2009 y la remisión que se hace es a la Ley Integral de Violencia de Género, Ley 1/2004, por lo que de su tratamiento conjunto nos remitiría a los derechos del punto 4 o 5 que anteceden, según los casos.

- Requisitos para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social

El artículo 10, que ya trascribimos en su momento, prescribe a los extranjeros para tener acceso al sistema de la Seguridad Social en el desarrollo de una actividad remunerada por cuenta propia o ajena reunir los requisitos legales conforme a la legislación vigente.

El art. 32 por su parte al tratar de la residencia de larga duración (antes permanente) define la misma como aquella situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE.

Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

El problema surge, como casi siempre, con los inmigrantes irregulares.

No hay un pronunciamiento unánime ni por parte de los autores ni por parte de la jurisprudencia, es más, se han dado soluciones no sólo distintas sino incluso contradictorias. Se mantiene la interpretación a la que hicimos, en su momento sobre la nulidad y eficacia de los contratos de trabajo, y así encontramos desde las que no conceden derecho a prestaciones de la seguridad social (salvo las básicas por contingencias profesionales y de urgencia que ya trataremos), hasta las que reconocen prestaciones por contingencia comunes. Es más, encontramos jurisprudencia que admite y reconoce el derecho al desempleo.

Antes de finalizar este apartado mencionar que habrá de estarse a los Convenios y Tratados de los que sea parte España y a la regulación en los mismos del derecho y reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Sociales de los nacionales de los Estados firmantes.

Haremos mención como colofón a este epígrafe y para que el lector comprenda la confusión que se genera en multitud de ocasiones sobre la normativa a aplicar en esta materia a que el Acuerdo Bilateral entre España y Marruecos no reconoce el derecho a las prestaciones sanitarias de los marroquíes en territorio español pero dado que hay otro Acuerdo Multilateral entre la Unión Europea y Marruecos donde se reconocen aquellos derechos,

pues obviamente el marroquí los podría disfrutar en España al serles reconocido por otro Tratado distinto al bilateral.

- **MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA**

Al igual que la modalidad contributiva del sistema de la Seguridad Social tiene su base en la solidaridad entre generaciones con aportaciones que cubran aquellas prestaciones, la modalidad no contributiva tiene su fundamento en el sistema impositivo de los que participan y los que contribuyen al mismo en cada momento.

La modalidad no contributiva sólo estaba prevista para los españoles y por equiparación a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, filipinos y guineanos que debían reunir, además, todos los requisitos legalmente previstos para cada prestación (invalidez y jubilación). También quedaban asimilados a los españoles los ciudadanos comunitarios.

Con respecto al resto de ciudadanos extranjeros habría de estarse a los Acuerdos, Convenios o Tratados Internacional que España o la Unión Europea (siempre que en este último caso también se ampliara su aplicación a España) ratificados, firmados o suscritos por nuestro país. De no existir aquellos instrumentos normativos internacionales se acudiría el principio de reciprocidad porque de no constar en ninguno de estos medios, estos individuos carecerían de todo derecho a prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

A tal conclusión nos lleva el art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000,, redacción vigente al requerir siempre el requisito de la residencia para todos los extranjeros salvo los supuesto de su último inciso, es decir, el derecho de todos a las prestaciones sociales básicas.

Ha planteado un intríngulis los nacionales de Marruecos (puede que extensible a argelinos y tunecinos) dado la previsión del art 41 del Reglamento 2211/78/CEE que aprobó el Acuerdo de Cooperación Marruecos/CEE y

reconocía el derecho a dichas prestaciones no contributivas cuando aquellos de sus nacionales hubieran trabajado y residido legalmente en España durante los oportunos períodos (reiteramos la observación que hicimos sobre que este Acuerdo dejaba sin efecto, más bien completaba lo que no regulaba, el celebrado entre España y Marruecos en 1982).

- **PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.**

Se reconocen por la legislación española un nivel asistencial de desempleo formado por la prestación y reconocimiento de aquel derecho que está sometido a la necesidad vinculante de tener cubiertos determinados períodos de cotización conforme establezca el Régimen General de la Seguridad Social o algunos Regímenes Especiales.

Donde vuelve a surgir el conflicto es en los subsidios de desempleo que no precisa ningún tipo de contribución al sistema. Aunque en principio, generalmente, se ha negado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea analizando caso a caso ha terminado por reconocerlos en algunos supuestos muy concretos siguiendo una línea flexible y humanizadora al interpretar los requisitos para recibir y tener derecho a este subsidio. Repito, se estará al caso concreto con la generalización negativa que hemos dejado subrayada.

- **PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES.**

Desde la ratificación por España del Convenio OIT n 19, allá por el año 1925, y su entrada en vigor el 22 de Febrero de 1929, se reconocía la igualdad de trato a los extranjeros en materia indemnizatoria derivada de accidentes de trabajo tanto a ellos mismos como a sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia.

Tuvo su transposición en la normativa de la Seguridad Social española al incluirse con derecho a las prestaciones de aquél sistema, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los extranjeros que desempeñen en nuestro país una actividad profesional en las mismas condiciones que los españoles. En aquella protección y prestaciones se declaraba al extranjero en situación irregular y, aunque en principio, por los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia se negó esta ampliación a los inmigrantes irregulares, fue aceptada y reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y reflejada en el texto de la normativa actualmente en vigor.

- **CONCLUSIONES**

Tomaré prestadas aquéllas a las que se llegó en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santander en Junio de 2001:

"El nuevo marco legal de la inmigración y la extranjería supone un considerable avance en la protección de la situación jurídica y del estatal laboral del inmigrante extracomunitario. Las legislaciones laboral y de seguridad social, en cuanto legislaciones para la inmigración, aseguran al inmigrante la igualdad salarial y de las condiciones de trabajo, la apertura a los derechos colectivos y a los instrumentos de autotutela, así como la protección social a aquéllos y a sus familias.

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

La nacionalidad del trabajador es irrelevante de por sí para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo español al contrato de trabajo que se

celebra y ejecuta en España, y el hecho de que el trabajador tenga nacionalidad extranjera no determina una conexión internacional del negocio jurídico laboral. Se trata siempre de contratos de trabajo españoles sometidos al ordenamiento laboral español, aún en las situaciones de irregularidad formal.

Las desigualdades existentes entre los regímenes de protección social de los ciudadanos de terceros países, en el ámbito de la Unión Europea, hacen imprescindible el desarrollo y consolidación de la política inmigratoria común que conduzca a una reforma ampliatoria…sólo de este modo se dotará de efectos eficaces a la protección social de los inmigrantes extracomunitarios.

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

CAPÍTULO VI

DERECHOS LABORALES COLECTIVOS DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES.

LA SINDICACIÓN Y LA HUELGA

I. INTRODUCCIÓN.

La jurisprudencia constitucional española, a partir de la sentencia 107/1984, de 23 de Noviembre, hizo una triple distinción de derechos en relación con su pertenencia a los españoles o extranjeros:

a) Derechos políticos, de los que no eran detentadores los extranjeros sino exclusivamente los españoles ya que dependían de la ciudadanía y esta condición no la tenían aquéllos (entendida en sentido político) y, por tanto, no pueden participar en los asuntos públicos y tener representación política.

b) Derechos inherentes a la dignidad de la persona, y dado su carácter de inviolables pertenecen a todas las personas, tanto extranjeras como españolas, pues son garantía de la dignidad del individuo. Se incluyen dentro de este ámbito el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad personal, familiar y la propia imagen, la tutela judicial efectiva, libertad personal y de seguridad, libertad de expresión, igualdad

   Se diferenciaban en estos dos grupos de derechos los que se denominan derechos humanos universales (los del apartado b) de denominados políticos específicos que dimanan de la ciudadanía y más exactamente de la pertenencia a una comunidad nacional determinada.

c) Por último, existe un tercer grupo de derechos que pertenecen o no a los extranjeros en función de lo que disponga una ley o un tratado. Entre los más característicos de este grupo citamos los derechos de reunión, sindicación y huelga. También deberíamos incluir como tales el derecho al trabajo.

Esta doctrina de los “tres tercios” no es cerrada y hermenéutica y el propio Tribunal Constitucional reconoce que los derechos que se reconocen a los españoles no impiden que los puedan detentar quienes no tengan esta nacionalidad, sino que permite su modulación, restricción o limitación.

La cerrazón de la jurisprudencia constitucional no casaba con lo preceptuado en Convenios Internacionales donde los derechos de sindicación y huelga poder ser ejercicios por cualquier persona. En este sentido encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (con entidad generalista) y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 87 (más propiamente, dentro del mundo del derecho laboral).

Podríamos añadir un cuarto grupo, no incluido en aquella teoría ya clásica de los "tres tercios" y que donde situaríamos derechos que por lo general están limitados tanto a los propios españoles como aún más, por su contenido, a los extranjeros. De esto modo referimos el derecho a la defensa, la seguridad nacional, el orden público.

Con estas premisas es un hecho incontestable a lo largo de la evolución de la inmigración que se ha pretendido desde siempre ampliar aquellos derechos en principio derivados de la ciudadanía (y, consiguientemente, reducido al campo de los nacionales propios) hacia los extranjeros, apoyándose primariamente en la dignidad e igualdad como derechos de todos los seres humanos y a partir de aquí aproximarse a los derechos laborales colectivos.

Con esta introducción tan telegráfica pasamos a analizar las etapas legislativas patria hasta la situación actual, dividiéndola en los siguientes apartados:

- La legislación de extranjería de la década de los 80.

Principió con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Trató la inmigración de forma individualista y olvidó o impidió concebirla como fenómeno colectivo y, de esta manera, detentadores sus componentes de derechos colectivos de trabajo. Tampoco quiso ver la inmigración como una situación de futuro sino eminentemente pasajera y transitoria. Era una legislación "autorizatoria" en el sentido de que hacía falta autorización o permiso para casi todas las actividades y, dentro de éstas, el trabajo y el empleo. El trabajo no autorizado no generaba derechos y los contratos celebrados sin aquellas autorizaciones se consideraban nulos a salvo de los derechos remuneratorios. Sólo si el

extranjero estaba en situación legal en España podía afiliarse a un sindicato español y ejercer los demás derechos colectivos tales como la libertad sindical como la huelga. También se reconoció la posibilidad de fundar y constituir sindicatos y participar como electores y elegibles en las representaciones sindicales. Aún así, ejercitar el derecho de huelga por un trabajador, aunque estuviera en situación legal, le podría suponer una vulneración del orden público que, en determinados plazos le podría suponer o castigar con la expulsión del territorio español. Aunque serían unos supuestos muy raros de producirse lo cierto es que podían darse por remotos que se consideraran.

- La primera legislación del año 2000.

La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social derogó la L.O. 7/1985 garantiza "la aplicación del principio de igualdad en cualquiera de los terrenos que conforman…el entorno laboral".

El artículo 11 reguló los derechos de libertad sindical y de huelga, estableciendo que los extranjeros que estén en España tendrán el derecho de sindicación y huelga en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. El derecho del trabajo no permitiría discriminación.

En el mismo sentido y haciéndolo más extensible el art. 33 – posterior 36 en reformas ulteriores- reconoce este derecho del inmigrante irregular con plenitud de efectos laborales. De su conjugación con el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores encuadraban esta catalogación los derechos laborales básicos (entre ellos, sindicación y huelga). El inmigrante irregular no podía ser castigado con la privación de derechos laborales de los que son detentadores los españoles.

La Ley Orgánica 8/2000, consecuencia política de un cambio de gobierno en la nación, supuso un paso atrás y una restricción de derechos fundamentales para los trabajadores, especialmente el colectivo en situación irregular.

Del planteamiento universalista de la legislación internacional que había tenido en cuenta la anterior L.O. 4/2000 se pasa, sin solución de continuidad –

vía reforma legislativa- a una postura restrictiva donde sólo se reconoce un criterio interpretativo general en materia de derechos laborales, dado que se establece una distinción entre la titularidad y el ejercicio de los derechos. Los extranjeros sólo tendrán derechos colectivos de trabajo si obtienen la autorización de residencia o estancia en España y la de trabajo para poder ejercitar el derecho de huelga. La nueva normativa impide la vertiente individual de estos derechos colectivos y fue profunda y profusamente criticado por ello.

Los derechos laborales colectivos estaban siempre en situación latente pendiente de ostentar y obtener los correspondientes tipos de permisos y autorizaciones administrativas.

Se interpusieron recursos de inconstitucionalidad por la limitación de los derechos laborales colectivos en el sentido que hemos expuesto.

- Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 259/2007. La Ley Orgánica 2/2009.

Los recursos interpuestos fueron resueltos en ocho sentencias dictadas entre los meses de Noviembre y Diciembre del año 2007.

Hubo una sentencia base, la STC 236/2007, cuya ponente era la presidenta del aludido Tribunal. Por medio de ella se corrige el marco restrictivo de derechos de los inmigrantes llevado a cabo por la L.O. 8/2000. Otra segunda sentencia que podíamos definir como guía supuso la nº 259/2007.

La conclusión fue tajante: la inconstitucional de la L. O. 8/2000 en la regulación que hace de los derechos de libertad sindical y de huelga.

Las dos sentencias constitucionales establecieron una diferencia relevante sobre tal declaración:

- La STC 236/2007 declaraba la inconstitucionalidad del art. 11 de la L.O, pero no pudo anular precepto indicado ya que si así lo hacía se creaba un vacío legal pues conduciría a la denegación de este derecho a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación y ello es contrario a la Norma Fundamental, por lo que debe ser el legislador quien debería establecer las condiciones para su ejercicio.

Esta sentencia tuvo que buscar un continuo apoyo en la legislación internacional al efecto por su alto valor interpretativo.

- La STC 259/2007, por su parte y al contrario, al declarar la inconstitucionalidad de la regulación del derecho a la huelga por ser contrario al art. 20.2 de la Constitución Española si dejaba sin efecto y anulaba el artículo de la L.O. que la regulaba.

Como ya hemos tenido de ocasión de exponer a lo largo de estos temas, en más de una ocasión, estos pronunciamientos judiciales han tenido entrada legislativa en virtud de la reforma operada por la L.O. 2/2009.

Así el art. 8 en relación con la libertad de asociación dispone: “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”.

Más exactamente el art. 11 del mismo texto legal preceptúa: “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”.

De la comparativa en la redacción de los artículos actuales y los anteriores, en la nueva redacción se suprime toda referencia a autorización administrativa para residir o trabajar y se universaliza a todos los extranjeros, sin distinción alguna en base a su situación legal o ilegal de estancia en España.

II. EL DERECHO DE SINDICACIÓN.

Ni en la Ley Orgánica de Libertad Sindical ni en la Constitución Española se prevén limitaciones individuales ni para ostentar la titularidad ni para ejercitar el derecho a la libre sindicación. Por tanto, el trabajador extranjero tiene reconocido plenamente el derecho a la libertad sindical tanto en su acepción positiva como en la negativa.

Por este motivo encuentra la tutela a su libertad sindical en la modalidad procesal oportuna establecida en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral para evitar cualquier actividad antidiscriminatoria en su ejercicio.

Dada la temporalidad del trabajo, que generalmente, desarrollan los emigrantes si que existe una limitación para llevar a cabo este ejercicio pero en base a la temporalidad de la relación laboral pero nunca por limitación legal, sino podíamos decir de “realidad de su precariedad”. Suelen ser trabajadores jóvenes, amplio colectivo de mujeres y, todos, normalmente, de muy baja cualificación profesional. Más aún se acrecienta esta circunstancias en los trabajadores extranjeros irregulares cuyo situación laboral les va a hacer huir de una posible reclamación de derechos laborales pero de pretenderlo la tiene perfectamente reconocida, con el mismo nivel de protección.

En lo que respecta a la facultad de fundación de sindicatos efectivamente la tienen tanto los trabajadores regulares como los irregulares aunque cierto sector doctrinal entendió que aquella solo se predicaba a trabajadores regulares ante la existencia del sistema de registro que preveía el art. 4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Previsora de esta cuestión la STC 236/2007 dispuso en su Fundamento Jurídico 9: “el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentren en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre”. Y para la constitución de organizaciones sindicales “no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España” para el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores extranjeros en términos tan claros y amplios fijados por la citada sentencia.

- EL DERECHO DE HUELGA.

Es un derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses y que se concede a los trabajadores en cuanto tales, es decir, como parte esencial y de protagonismo de la relación laboral de trabajo asalariado.

El tener o no tener permiso de trabajo no impide a los trabajadores, sea cual sea su nacionalidad y estado de permanencia en un país, tener los derechos derivados del contrato laboral (conforme dispuso la STC 259/2007) entre ellos y dentro de los básicos, el de huelga. Con tal carácter se regula, al igual que el analizado en el epígrafe anterior, en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores.

Este derecho a la huelga se puede ejercitar tanto mediante un ejercicio individual como un ejercicio colectivo, interrumpiendo la relación laboral durante el tiempo de convocatoria y duración de la misma fijada por los sujetos colectivos con legitimación para ello.

No sólo se puede adherir o no al ejercicio del derecho de huelga, sino que se extiende a todos los actos que se desarrollen durante su duración: desde la discusión y debate de la convocatoria, información y participación activa en piquetes…

Es un derecho individual de ejercicio colectivo por lo que no se puede decir que nadie va a una huelga con carácter particular sino en ejercicio conjunto con otros muchos.

La normativa declarada inconstitucional prohibía que los trabajadores extranjeros irregulares no pudieran secundar la huelga como el resto de compañeros implicados lo que les colocaba en una situación complicada al tener que trabajar cuando otros ejercitaban este derecho constitucional, convirtiéndolos de facto en esquiroles.

Es más, se impedía el derecho de huelga precisamente al colectivo cuyas situaciones laborales era más injustas y alejadas de la normativa vigente en la prestación de sus relaciones laborales, pues se suponen constantemente

vulneradas y en situación de sumisión (a veces rozando la dignidad y dignificación de la persona como tal) respecto del empresario o empleador. Ya no solo se impedía la lucha por los derechos laborales ante actuaciones del empleador abusivas sino que se podían incluir reivindicaciones asociadas a las condiciones de vida (más allá del propio trabajo) como las demandas de vivienda o habitación digna proporcionada por la empresa o autoridades locales.

La Ley Orgánica 8/2000 era eminentemente represiva en cuanto a la prohibición de ciertos actos y practicas empresariales extorsionadoras del ejercicio de aquel derecho y eran consideradas como facultades propias del empleador contra la actitud huelguista de los trabajadores extranjeros (máxime sin son irregulares).

Por otro lado, el ejercicio del derecho de huelga, como dijimos en relación con el de libre sindicación, podía colocar en una situación complicada al trabajador inmigrante irregular que lo ejercitara dada su dificultad o imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo, hecho que conllevaría que la plenitud de sus derechos laborales se redujera al aspecto meramente indemnizatorio. Era una desigualdad que no se podía consentir por más tiempo y de ahí la batería de recursos de inconstitucionalidad que se promovieron y sustanciaron, los cuales obtuvieron posteriormente esta tutela.

Se pretendía evitar situaciones y sucesos como las que ocurrieron por ejemplo en la localidad almeriense de El Ejido, en el año 2000 y que tomó cuerpo de naturaleza en todos los medios de comunicación social de masa. Los empresarios de la zona reaccionaron frente a la huelga de los trabajadores marroquíes (en situación irregular) sustituyéndolos por otros de distintas nacionalidades, que a su vez, fueron contratados sin autorización. No sólo se les impidió el derecho a la huelga en reclamación de sus derechos laborales vulnerados y que bien pudieron contener un ilícito penal sino que posteriormente los trabajadores que convocaron o secundaron la huelga, en una elección libertaria de los respectivos empleadores, fueron despedidos sin más, con vulneración de todas las garantías que facultan el ejercicio de dicho derecho. Al final, los actos quedaron impunes y la huelga a quienes más

perjudicó fue a aquellos que la ejercitaron en defensa de sus legítimos derechos laborales vulnerados (algunos ni siquiera reconocidos).

No diremos que las L.O. 8/2000 contribuyera a ello pero si sentaremos con total rotundidad que las STC 236/2007 y 259/2007 impiden que supuestos como los anteriores vuelvan a ocurrir, al obviar la creación de zonas de exclusión radical de derechos colectivos de trabajo como los ahora estudiados, puesto que es incompatible con nuestro marco constitucional.

- OTROS DERECHOS COLECTIVOS.

Con este epígrafe, buscando un tratamiento integrador y global del tema, dentro del espacio físico de que disponemos, pondremos fin a estos temas.

Los derechos de representación en la empresa se encuentran regulados en la legislación española, entre otros preceptos, en los arts. 4 en relación con el 69 del Estatuto de los Trabajadores, donde se considera la condición de electores y elegibles a los trabajadores extranjeros. Nada de ello dice la Legislación de Extranjería.

De esta normativa y de otra en conjugación (como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) se atribuyen este derecho a los extranjeros para que puedan ser electores y elegibles (así específicamente recogido al regularse la figura de los delegados de prevención). El problema se vuelve a reproducir en el supuesto de los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad. Lo expuesto para los anteriores derechos es idénticamente aplicable al derecho que nos ocupa y ello es así, abundando aún más, por el hecho de que son situaciones pre-sindicales que gozan de la tutela del art. 28.1 de la Constitución Española y que, consecuentemente, deben ser protegidos de cualquier discriminación sindical con independencia de la condición, con autorización o no para trabajar, del trabajador inmigrante.

Con la misma fundamentación deberemos defender los derechos laborales colectivos de asamblea y referéndum regulados en los arts. 79 y 80

del Estatuto de los Trabajadores. Es inconstitucionalmente limitar estos derechos con independencia de la autorización de estancia o residencia en nuestro territorio. La asamblea y reunión pacífica en los lugares de trabajo de los inmigrantes ocasiones es un derecho preliminar y anterior a la acción sindical y debe quedar protegido en base a los arts 21 en relación con el 28 de la Constitución Española.

El ser titulares de derechos colectivos sindicales no puede someterse a distinción entre su titularidad y ejercicio y se atribuye tanto a extranjeros regulares como irregulares.

Es más, y con ello finalizamos, la funcionalidad de los derechos colectivos sindicales y de huelga en los casos del ejercicio por trabajadores inmigrantes irregulares es la formula más indicada para proteger y tutelar en oda su plenitud el ejercicio de aquellos (ejemplarizado en la figura de quienes están sometidos a una explotación más acrecentada y brutal).

CAPÍTULO VII

LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, de reforma de la también Ley Orgánica 4/2000 ha pasado casi inadvertida para la mayor parte de la doctrina española y la sociedad sin darse la importancia que, como en su momento se le dio a esta última.

Aún siendo una reforma su extensión y trascendencia es rápidamente constatable tanto por la multitud de artículos a que afecta como por la significación de la misma. Ha sido tanta la reforma que podíamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que estamos ante una nueva Ley Orgánica de Extranjería.

Con esta nueva reforma se ha llevado a texto legal la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha incorporado a su articulado. Pero no sólo ello, también era preciso transponer las distintas Directivas europeas que se han aprobado desde el año 2000 y que estaban pendientes de incorporar al derecho patrio. Especialmente estas últimas Directivas han pretendido poner freno al descontrol de la inmigración irregular y de las redes ilegales que, en multitud de ocasiones, trabaja con estos colectivos humanos desfavorecidos que forman los flujos migratorios. Se han introducido artículos nuevos, otros se han reformados tan extensamente que adquieren aquella condición y, por último, asistimos a algunas introducciones meramente técnicas.

Se ha acentuado la diferencia de trato entre la inmigración regular y la irregular, intentando favorecer la primera y controlar la segunda en un doble caríz de canalizarla o eliminarla. Se acrecientan los controles, se agrava el régimen sancionador y se facilita la expulsión de los extranjeros en situación irregular.

El nuevo art. 2 bis establece la política inmigratoria desde unos nuevos principios, incluyendo unos listados sobre aquélla. Así encontramos una referencia a la igualdad de género, a la no discriminación, reconocimiento de igualdad de derechos y obligaciones, garantiza el ejercicio de aquéllos y con vistas a la integración de los inmigrantes. Finaliza con la referencia a la lucha contra la inmigración irregular, recogiendo explícitamente la persecución del tráfico ilícito de personas.

El art 2 ter, también nuevo, continúa con la integración de los extranjeros en la sociedad española y promueve la participación de los mismos en ésta y

en el respeto a los valores constitucionales. Se fomenta la creación de comunidades de inmigrantes por su origen nacional, étnico o religioso. También se opta por un régimen de creación de un espacio común en pos de evitar las disgregaciones o segregaciones para que las diferencias sean menores. Se trata "de manifestar su pertenencia a un cuerpo social y para eso volverlo indiscernible, no solamente en el respecto a una ley común, sino en el de los códigos sociales que rigen lo cotidiano".

Se ha buscado una necesidad integradora desde dos vertientes: el respecto a sus creencias e ideologías pero como contraprestación con el de ellos hacia las que son propias de las sociedades receptoras, siempre procurando el no enfrentamiento o choque entre culturas.

La introducción de los criterios jurisprudenciales los observamos sobre todo en el art. 6 (derecho al sufragio pasivo y el derecho a la educación), y el art. 9 (derecho en materia de acceso a la vivienda para mejorar las condiciones de residentes de larga duración) y se excluye, el requisito de residencia para acceder al derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los arts 17 a 19 también introducen novedades de relieve, siendo una de ellas la regulación del derecho a la reagrupación familiar en beneficio de consolidar la vivencia familiar (con ello se transpone una Directiva Comunitaria en tal sentido y jurisprudencia de este ámbito sobre la misma temática). La reagrupación familiar reafirma la vida familiar y tiene como principal función llevar a efecto la misma. Dentro del sistema de reagrupación familiar se ha incluido el de las parejas de hecho, con una relación de afectividad análoga al matrimonio. Se permite trabajar al cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral y se regula la vida independiente de unos y otros, principalmente en los supuestos de muerte del reagrupante como en los de cónyuge víctima de violencia de género.

Con respecto a los derechos colectivos se accede (ya lo previó la STC 236/2007 y 259/2007) al derecho de reunión de todos los extranjeros incluidos los que se hallaren en situación irregular aunque con condiciones especiales para su ejercicio que puede concretar el legislador orgánico. En idéntica perspectiva se ha reconocido el derecho de asociación sin condicionarla a la residencia o estancia. También se da una nueva redacción y regulación de los derechos a la libertad de sindicación y huelga con las mismas condiciones que

los trabajadores españoles, suprimiendo la limitación de estos derechos que antes se contenían en las normas. También existía derecho europeo (Directivas) que precisaban de esta transposición e introducción en el derecho español.

Por el mismo camino se adapta nuestra legislación a las restricciones de entrada de ciudadanos de terceros países, lucha contra la inmigración irregular y control de los flujos humanos inmigratorios. El Título II de la L.O., 2/2009 se hace eco de aquélla. Se incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, se perfecciona el sistema de los residentes de larga duración, las medidas dirigidas a ampliar la lucha contra la inmigración irregular por medio de un registro de control de entradas y salidas, protección de las víctimas extranjeras de violencia de género (facilitan las denuncias, canalización legal, ordenación de los flujos migratorios, necesidades del mercado de trabajo, limitación a una ocupación y ámbito territorial de carácter inicial, y se establece un nuevo marco jurídico para los menores extranjeros no acompañados).

Con el control de entradas y salidas de extranjeros se pretende tener un conocimiento exacto de la realidad de la permanencia en España de los inmigrantes y el respecto a los plazos concedidos para permanecer legalmente en nuestro Estado lo que conlleva una ampliación de la lucha contra la inmigración ilegal o irregular.

Se crean nuevos tipos de visados para estudios por “intercambio de alumnos, practicas no laborales o servicios de voluntariado, investigadores” con reforma profunda del anterior de trabajo y residencia.

Se recoge un nuevo visado de trabajo de temporada que faculta para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos. El visado de entrada y de trabajo habilita para la entrada y estancia en España por un período máximo de tres meses con permisibilidad para solicitar el visado en la representación de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Se distingue entre la residencia temporal y la de larga duración (antes permanente). Se establecen las nuevas especialidades de residencia temporal y de trabajo para mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y a aquellas que se encuentren en circunstancias excepcionales a cuyo favor se hubieren dictado una orden de protección o con sentencia condenatoria.

La residencia de larga duración permite residir y trabajar en España por tiempo indefinido y se reconoce este derecho a los extranjeros que hayan residido temporalmente en nuestro país durante cinco años (sin perjuicio de períodos de vacaciones en el extranjero) y se preceptúan otras autorizaciones de residencia de larga duración en supuestos de especial vinculación con España.

Las residencia por intercambio de alumnos, practicas no remuneradas y servicios de voluntariado, se limita a la duración del curso con inclusión de los extranjeros que realicen estudios de formación sanitaria especializada.

Los menores no acompañados tienen un tratamiento específico en el art. 35 de la nueva L.O. 2/2009 y además de prevenir la inmigración irregular enfatiza el retorno de estos menores a sus países de origen. Se antepone el interés superior del menor y se amplia el sistema de protección de aquéllos dando entrada a la competencia de las Comunidades Autónomas donde se encuentren.

Los mayores de 16 años intervendrán en los procedimientos de repatriación y se les reconoce el derecho al nombramiento de defensor judicial cuando no acepte la tutela o representación nombrada. En fin, se trata de evitar en estos supuestos los resultados perniciosos del efecto llamada pretendiendo la repatriación, sin desprotegerlos pero encaminando su tutela.

Las autorizaciones para actividades lucrativas también han sufrido importantes reformas que van de los arts 36 a 43. La autorización de trabajo ahora es conjunta con la de residencia condicionada al alta en la Seguridad Social, debiendo comprobarse la previa habilitación del extranjero para residir y trabajar, usando a tal fin un control sobre la regularización a través del sistema de afiliación y altas y bajas en el sistema de la seguridad social, debiéndose acompañar por el empresario en la autorización el contrato de trabajo que afiance el ejercicio de una actividad continuada y el tiempo de vigencia de la autorización, con obligación al empleador de comunicar el desistimiento de la solicitud o la imposibilidad del inicio de la relación laboral.

Se mantiene la vigencia del contrato de trabajo aunque se carezca de autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de no corresponder en estos casos prestaciones o subsidios por desempleo y que reconocer la prestación

no modifica la situación administrativa del extranjero salvo los casos legalmente establecidos.

Respecto a la situación nacional de empleo se da participación a la colaboración de las Comunidades Autónomas y la inclusión de un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Sólo se permitirá oferta de puestos de trabajo distintos cuando la insuficiencia de demandantes de empleo para estas actividades no sea adecuada o no los cubran.

Se regula un régimen especial para los investigadores y trabajo de profesionales altamente cualificados. Nuevamente nos encontramos ante la transposición al derecho patrio de Directivas Comunitarias. Se introduce para estos últimos la llamada tarjeta azul.

Ya no corresponde al Gobierno sino al Ministro de Trabajo la aprobación de la previsión anual de las ocupaciones y sifras de empleo a cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que solo tendrán acceso aquellos que no se hallan o residan en España.

Se modifica el régimen de tasas con cambio del hecho imponible; ya no será la autorización sino la mera tramitación de la solicitud de autorizaciones administrativas y documentos de identidad correspondientes (prórrogas, modificaciones y renovaciones) las que originen aquel.

En las infracciones y sanciones del régimen de extranjería vuelven a destacar la lucha contra la inmigración ilegal con la introducción de nuevas infracciones que atacan las conductas fraudulentas.

Se hace una nueva relación de las faltas leves, graves y muy graves adicionando nuevos hechos infractores y se aumenta la cuantía de las sanciones. Por fin se ha aclarado las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Con la finalidad de paliar las redes organizadas de tráfico de seres humanos se libera de expulsión a las víctimas si denuncian los hechos y colaboran con la justicia, con un período de reflexión para esta actuación, además de reforzarse su seguridad y protección. Para esta consecución se establece como incentivo un permiso de residencia extraordinario para estos cooperantes.

Seguramente la reforma más importante de esta L.O. 2/2009 es la relacionada con la expulsión de los extranjeros en situación irregular. Se da

prioridad al retorno voluntario, se facilita el retorno no voluntario a través de normas comunes sobre la finalización de la residencia legal y las decisiones de expulsión, detención y retención del inmigrante en situación irregular, fijando como nudo gordiano la política de retorno en relación con la política migratoria global de la Unión Europea.

La expulsión, devolución, denegación de entrada y el ingreso en los centros de internamiento de los extranjeros irregulares (transposición de Directiva) serán, sin lugar a dudas, las instituciones que más literatura produzcan dada la polémica que introducen no sólo en el mundo jurídico sino en la sociedad en general. Se configura un procedimiento de retorno obligado de los inmigrantes irregulares encaminado a la expulsión motivada, con criterios objetivos y considerando las circunstancias de cada caso. Acordado el retorno, el afectado está obligado a dejar el territorio español, bien con la posibilidad de hacerlo voluntariamente (salvo cuestiones excepcionales como la fuga). En supuestos de expulsión forzosa se puede llegar al internamiento cuando no sean aplicables medidas menos coercitivas, siempre que aquél se fundamente en una decisión escrita y motivada. El internamiento será siempre breve y mientras dure el procedimiento (no más de seis meses, extensibles en circunstancias muy concretas). Todo lo anterior con el preceptivo control judicial cuando se inste.

En cuanto a los efectos se distingue entre la expulsión tras el procedimiento oportuno y la devolución de los extranjeros expulsados que contravinieran la prohibición de entrar en España y los que pretendan entrar ilegalmente, para lo cual no se precisa expediente alguno. Se modifica la duración del período de prohibición de entrada (con supresión de esta prohibición si abandonara España durante la tramitación del procedimiento o abandonaren nuestro territorio nacional durante el período de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión). La denegación de entrada llevará consigo la adopción de las medidas oportunas para que el extranjero salga de España en el plazo más breve posible (si la situación dura más de 72 horas sin hacerlo, se puede solicitar su internamiento).

El internamiento (con respeto al principio de proporcionalidad) es ampliado en su duración hasta los sesenta días. Se impedirá tal institución cuando el extranjero sea menor de edad. Habrá control judicial e intervención

del Ministerio Fiscal. Se mantienen los derechos de los extranjeros internados, con asistencia social y sanitaria suficiente en los centros de internamiento. También se reconocen derechos de asistencia de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que se creen al efecto. Este artículo se deja al desarrollo reglamentario.

El art. 63 establece los procedimientos preferentes de expulsión con una nueva regulación de supuestos concretos, sin que, en ningún caso, quepa la concesión del período de salida voluntaria. Se recogen Medidas Cautelares y el internamiento durante la tramitación del procedimiento preferente.

El procedimiento ordinario de expulsión, ex novo, art. 63 bis fija un plazo de entre 7 y 30 días para abandonar voluntariamente el territorio español por los propios medios del extranjero y no se podrá adoptar medida alguna de internamiento en este tipo procedimental.

La ejecución forzosa de la orden de expulsión se hace más rigurosa. No será precisa la incoación de expediente de expulsión para la ejecución de una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea ni para el traslado en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento. Se suspende la expulsión –su ejecución- cuando se peticione el asilo, pero es más se prevé esta suspensión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya admitido a trámite o resuelto.

Comprobada la implicación de las diversas administraciones territoriales en esta materia se han ampliado las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión de la emigración. La coordinación se hará a través de la Conferencia Sectorial de Inmigración. Se modifica la composición del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes suprimiendo la participación de organizaciones sociales de apoyo para remitirse ahora a otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, no estimando ahora ese interés específico cuando se refieren a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, resaltando las más específicas de las organizaciones de inmigrantes y el de los intereses más generales de los sindicatos directamente afectados por la emigración. Las organizaciones empresariales más representativas se encuentran ahora representadas en un nuevo órgano, la Comisión Laboral Tripartida de Inmigración, cauce institucional para establecer el diálogo con las organizaciones sindicales y

empresariales más representativa en materia de inmigración, que deben ser informadas y consultadas sobre flujos migratorios. Se ha aprovechado la reforma para dar un mayor empaque a la negociación colectiva en el tratamiento, regulación y control de la migración legal.

Podemos afirmar que la Ley Orgánica 2/2009 ha acomodado nuestra legislación de extranjería e inmigración con la CE y la normativa de la Unión Europea, adaptando nuestra normativa a aquella con transposición –tantas veces citada en este tema- de las correspondientes Directivas, así como acoger las sentencias (especialmente de derechos colectivos de los inmigrantes regulares e irregulares) de nuestro Tribunal Constitucional.

Por último, señalar que queda pendiente el desarrollo reglamentario de un buen número de artículos.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALONSO SECO, J. Mª.** Protección social e inmigración: Comunidades Autónomas e Inmigración. Foro de Seguridad Social, 2 y 3. 2001.
- **ALVÁREZ CORTÉS, J. C.** La Seguridad Social de los trabajadores migrantres en el ámbito extracomunitario. Tesis Doctoral. 2000.
- **BALLESTER PASTOR, Mª A Y BLASCO PELLICER, A.** Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de la nueva Ley de Extranjería. Revista Justicia Laboral nº 2. 2000.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Varios Autores. La protección de derechos fundamentales en el orden social. 2003.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Varios Autores. La situación de los extranjeros en relación con el orden social. 2004.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Varios Autores. Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes. 2005.
- **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.** La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la LO 4/2000 y en su ley reformadora. Mes a Mes nº 61. 2001.
- **ESCUDERO RODRIGUEZ, 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.
- **MASSÓ GARROTE, M. F.** La nueva regulación del derecho de extranjería en la LO 8/2000, de 22 de Diciembre de reforma de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Actualidad Administrativa nº 11. 2001.
- **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.** Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Revista Laboral nº 8. 2001.
- **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.** La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios. Revista Laboral nº 13. 2001.
- **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.** Legislación de extranjería y política de inmigración. Revista Laboral nº 20. 2000.
- **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coordinadora).** Aspectos Jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea. Ediciones Laborum.2009.

- **TRINIDAD GARCIA, Mª L.** El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España: recorrido por un camino que se estrecha. La Ley. 2000.
- **VARONA MARTINEZ, G.** La Inmigración irregular. Derechos y Deberes. E. Humanos. 1994.