

LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES EN EL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA: PUNTOS CRÍTICOS A LA LUZ DE LA NUEVA REFORMA «PACTADA»

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

ABSTRACT

■ *Contrariamente a una extendida opinión, la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 mantuvo importantes elementos de continuidad con la ley de 1985, especialmente en lo relativo al procedimiento de control de los flujos de migración. En este sentido, la reforma operada en la Ley del 2000 por la Ley 8/2002 supuso un empeoramiento en el estatuto de los derechos personales y de ciudadanía de una parte de los trabajadores emigrantes: los que se encuentran en situación irregular. El trabajo, tras analizar el contraste entre la realidad y las razones esgrimidas por el legislador para reformar la Ley de 2000, expone detalladamente la estructura sistemática de la ley y las principales novedades de la reforma de 2002, insistiendo especialmente en la restricción, en algunos casos inconstitucional, que supone al principio de integración por la igualdad de derechos el condicionamiento a la previa obtención de los permisos de residencia.*

■ *Oso hedatuta dagoen iritzi baten aurka, Atzerritarren 4/2000 Lege Organikoak 1985eko legearekiko jarraikortasun-elementu garrantzitsuak mantendu zituen, bereziki migrazio-fluxuak kontrolatzeko prozedurari dagokionez. Zentzu horretan, 2000ko Legean 8/2002 Legeak gauzaturako aldaketak eskubide personalen eta hiritar-eskubideen estatutua okerragotzea suposatu zuen langile emigranteen zati handi batetan: egoera irregularrean dauden horietan hain zuzen ere. Lanak, 2000ko Legea aldatzerakoan legisladoreak eman zituen arrazoiak eta errealtatea aztertu ondoren, xehetasunez azaltzen du legearen egitura sistematikoa eta 2002ko aldaketaren berrikuntza nagusiak: Berrikuntza horien artean bereziki nabarmentzen da eskubide berdintasunagatiko integrazioaren printzipioa aurretiaz egoitza-baimenak lortzera baldintzatua egoteak suposatzen duen murrizketa, zenbait kasutan konstituzionala ez dena.*

■ *Contrary to a widespread opinion, the Organic Law on Foreign Status 4/2000 maintained important elements of continuity with the 1985 Law, especially as regards the procedure for the control of migration flows. In this sense, the reform carried out on the 2000 Law by Law 8/2002 meant a worsening in the statute regarding the personal and citizenship rights of one group of emigrant workers: those who have «irregular» status. The work, after analysing the contrast between reality and the reasons put forward by the legislator to reform the 2000 Law, explains in detail the systematic structure of the law and the main new features of the 2002 reform, concentrating especially on the restriction, in some cases unconstitutional, which the conditioning to the prior obtaining of residence permits means for the principle of integration for the equality of rights.*

I. Introducción

La vigente legislación de extranjería, cuya validez sigue cuestionada por la pendencia de diversos Recursos de Inconstitucionalidad, fue el fruto de un atormentado proceso de tramitación parlamentaria, que sin duda marcó parte de los muchos problemas que su aplicación práctica ha venido generando desde entonces. Aunque su entrada en vigor formal no implicó en modo alguno el despliegue de efectos, ante la anómala suspensión «decretada» por el Gobierno, en vía de hecho, siempre se ha vertido sobre esta legislación numerosas críticas, hasta el punto de considerarla incluso «una apuesta por contribuir a potenciar los atisbos de racismo y xenofobia que están surgiendo en España» (P. SANTOLAYA, 2000).

Sean o no ciertas estas denuncias, y cualquiera que sea el fundamento de las críticas que vienen proliferando al respecto, lo auténticamente cierto es que se ha instalado en nuestro país la necesidad de una reforma permanente de la regulación de esta importantísima «cuestión social», hasta el punto de que nuevamente en un mismo año asistiremos a dos reformas de esta legislación, aunque una y otra tengan un alcance desigual, más extensa la que verá la luz a finales del año 2003 y menos amplia, pero no desdeñable, la producida por la LO 11/2003, 29.9 —BOE 30.9—. Aunque el Proyecto de Ley que se está tramitando en las Cortes Generales ha venido motivado por el fuerte revés judicial dado a la técnica reguladora —no tanto a la política de inmigración como se afirma— utilizada por Gobierno en materia de inmigración, que ha visto como un número considerable de artículos del Reglamento han sido declarados ilegales (STS 20.3.2003), ha desbordado en su planteamiento originario y en su tramitación parlamentaria posterior ese estricto objetivo.

Como novedad de política jurídica más relevante aparece el apoyo ya formalizado del PSOE —y otros grupos parlamentarios—, lo que parece diluir, al menos a primera vista, la centralidad que el primer Partido Político de la Oposición ha venido otorgando al desconocimiento de ciertos derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular. Aunque este Partido justifica tal situación, tachada de incoherente por otros Grupos Parlamentarios en la votación tenida al respecto en el Pleno del Congreso, por la necesidad de encontrar caminos o puntos de encuentro en materia de inmigración y por la continuidad de los Recursos de Inconstitucionalidad, no deja de ser llamativo que una cuestión que impidió en su momento el acuerdo con el Gobierno —el no reconocimiento de

derechos colectivos a al grupo de inmigrantes en situación irregular, así como el recorte de ciertos derechos sociales—, ahora se deje aparcada y sí se muestre irrelevante para alcanzar un acuerdo sobre una reforma que, a juzgar por el núcleo duro de sus normas, sigue evidenciando un claro predominio de la concepción disciplinaria y de control sobre la faceta de integración social del inmigrante.

En todo caso, y dejando para otro momento un análisis detenido de su sentido y alcance, entendemos que esta nueva reforma suministra una inmejorable oportunidad para reflexionar sobre la situación que al día de hoy presenta uno de los núcleos fundamentales de la regulación vigente: el conjunto de derechos y garantías reconocidos a los inmigrantes y, en especial, aquellos que tienen un carácter más marcadamente socio-laboral. El punto de partida es, como ya hemos observado en otros lugares, el firme rechazo de los maniqueísmos, tan perjudiciales en el análisis jurídico y en la vida social. Pese a la perspectiva restrictiva que ciertamente introduce, no creemos adecuado descalificar de forma global y sin el debido análisis de las muchas y enjundiosas cuestiones normativas, y de política jurídica en materia de inmigración, que plantea la ordenación actual. En algunas cuestiones de gran importancia la nueva Ley introdujo una redacción técnica más cuidada, que supuso una innegable mejora en la regulación de fondo, por tanto, en su eficacia y en la tutela de los derechos de todos, o parte importante, de los extranjeros. La propia jurisprudencia que se ha venido forjando en estos dos últimos años en algunas materias básicas —aceptación de medidas cautelares de carácter positivo; ampliación de las formas de acceso al permiso de trabajo, rechazando el monopolio que ha querido atribuir el Gobierno a la vía «excepcional» del contingente; la ampliación de derechos a los trabajadores inmigrantes en situación irregular ex art. 36.3 LOExIS...— confirma esta potencialidad «garantista».

La valoración final, pues, sólo podrá derivar del más detenido y profundo conocimiento de cada uno de los preceptos que integran este denso cuerpo normativo, analizados no sólo desde una visión exegética sino a la luz de los criterios que fija el art. 3.1 C.C., esto es, una interpretación de sus normas conforme a los objetivos que las inspiran y en atención a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas. La conjunción de ambos niveles de observación, el estrictamente normativo y el sociológico valorativo, es lo que pretendemos realizar con este trabajo, ofreciendo un análisis de conjunto, en un momento en el que tanto el legislador como la jurisprudencia, como algunas instancias internacionales —OIT—, insisten en la relatividad de este conjunto normativo y en la necesidad de profundizar en lecturas diferentes.

Comencemos por recordar, muy brevemente, las razones de la primera reforma —LO 8/2000— que, si bien pueden ayudar a comprender los cambios introducidos y el sentido de los preceptos incorporados al texto articulado, también pueden igualmente llevar a errores de planteamiento a la hora de enjuiciar y delimitar el alcance de aquellos. El intenso contraste entre lo que se dice perse-

guir y lo que realmente se hace, así como con lo que realmente se consigue suele ser una característica de las leyes de extranjería, de la que no se sustrajo en modo alguno, antes bien incurrió de plano, la LO 4/2000, tanto en su versión originaria, si bien aquí el legislador no «confesó» sus motivos, cuanto en su versión reformada. La valoración de una Ley como la que aquí se analiza y comenta en toda su profundidad de significados y alcance pasa, pues, por verificar si las causas del «fracaso» de la Ley anterior, por un lado, y las soluciones ofrecidas por la nueva regulación para resolver los problemas detectados por el legislador en la realidad del momento, corresponden a la apreciación que el legislador actual ofrece. Lo que entre otros efectos nos servirá, adicionalmente, para calibrar tanto la viabilidad de las nuevas reformas como la necesidad de emprender otras.

II. Las razones del proceso permanente de reforma: los persistentes contrastes entre la realidad y la norma

A diferencia de la versión originaria de la Ley 4/2000, 11.1, la Ley de Reforma, LO 8/2000, sí fue acompañada de Exposición de Motivos en la que el legislador intentó realizar un esfuerzo para explicar las razones que llevaron a modificar tan profundamente una Ley que apenas a alcanzado un año de vigencia, meramente formal y no efectiva por diferentes motivos. Las tres principales razones autoconfesadas son:

1. Criterio de Realidad: la inadecuación o desfase entre la regulación legislativa y «la realidad del fenómeno migratorio».

La Ley se «autopresentaba» como «necesaria» para regular de forma más adecuada la situación de los inmigrantes, poniendo en cuestión o sencillamente corrigiendo en buena medida la ordenación realizada tan sólo unos meses antes. Dos serían básicamente las cuestiones aquí planteadas:

- el pretendido «efecto llamada» de la Ley, considerada en buena medida como una «Ley de fronteras abiertas»
- consideración de la inmigración como «hecho estructural».

En este sentido, la liberalización o eliminación de las barreras internas antes existentes entre los Estados miembros obligaría, según una de las líneas inspiradoras de la actual política comunitaria, a reforzar o endurecer paralelamente las fronteras exteriores. Por lo tanto, estos Estados fronterizos deberían estar especialmente vigilantes y ser particularmente rigurosos en el control de los flujos migratorios hacia Europa. Precisamente, este objetivo de reforzar las condiciones de acceso al territorio de la Unión por parte de los «extranjeros», en sentido jurídico-comunitario, es el perseguido por los célebres básicos Acuerdos de Schengen (A. Álvarez, 1996).

2. Criterio de Autoridad.

El redactor de la EM esgrime como segunda razón para la reforma introducida la **necesidad** de corregir el desajuste entre la regulación originaria y la política comunitaria de inmigración, todavía de reciente implantación, aunque todavía en estado embrionario. Concretamente, se afirma de modo literal que «nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España». Esta afirmación no puede dejar, nuevamente, de sorprender por cuanto con tal afirmación, el legislador actual, parece reprochar al legislador precedente que la norma por él elaborada anteriormente no era acorde con tales compromisos, ni con el «acervo Schengen», ni con las Conclusiones adoptadas en la Cumbre Especial del Consejo Europeo en Tampere, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (16 y 17 de octubre de 1999).

Esta idea conecta con la primera en la línea de convertir a España en «guardián de fronteras» o «policía de frontera» de la Unión Europea, para lo que debe actuar al mismo tiempo como abanderado o vanguardia de la lucha contra la inmigración ilegal. Del tenor literal de estas normas y de los compromisos firmados para el más inmediato futuro, que constituye el contexto o realidad social que ha de servir para su interpretación evolutiva, parece desprenderse con claridad la asunción de la libertad de circulación de personas como un objetivo comunitario, por lo que la redefinición o «refundación» de esta libertad, clave para el acceso a otros derechos y libertades, no pasa por la exclusión de los nacionales de terceros países. En este sentido, la Unión Europea se compromete a garantizar un trato justo a los extranjeros que residan en su territorio. A tal fin, los Estados miembros deben organizar el estatuto jurídico de estos nacionales de terceros países de la forma más aproximada posible al de sus nacionales —y demás ciudadanos comunitarios—.

3. Criterio de coherencia o racionalidad normativa de la legislación de extranjería: la necesidad de elaborar una política inmigratoria de carácter global.

Si un objetivo ha caracterizado la última etapa evolutiva, hasta ahora, del proceso de comunitarización de las políticas inmigratorias de los Estados miembros ese ha sido, sin duda, el de la necesidad de reconstruir con carácter global un estatuto jurídico-político ordenador de todas las perspectivas que integran la cuestión inmigratoria. En este marco, de ser creíbles las afirmaciones de la EM, la nueva Ley hubiera debido dar por terminada la concepción normativa del Derecho de Extranjería como instrumento básicamente encaminado a ordenar la política de control de flujos migratorios, según la óptica propia de la LOEx/1985. El fracaso de esta visión queda claramente evidenciado con el Proyecto de Ley de nueva reforma que actualmente se tramita en las Cortes Generales, pues su originaria motivación —dar cobertura legal a los aspectos de control administrativo y policial recogidos en el Reglamento, pero anulados por el TS por falta de rango normativo— sigue en buena medida presente en la versión que, presumiblemente, será definitiva, dado el evidenciado acuerdo con el principal Partido de la Oposi-

ción y el efecto sólo paliativo, además de incierto, del novedoso visado para búsqueda de empleo a través de la inscripción en Servicios Públicos de Empleo. Otra prueba clara de la falta de ambición en tal sentido de la Ley vigente es la marginación en que ha quedado, por falta de compromiso presupuestario —y voluntad política—, el célebre —pero sólo para especialistas— «Plan Greco».

En consecuencia, la dimensión más marcadamente garantista —vg. la integración mediante la equiparación de derechos— de la versión originaria cedió claramente terreno, en la versión de la primera y aún vigente reforma, respecto del objetivo de la gestión o control de flujos, sin perjuicio claro está de mantener en todo caso la finalidad de integración social de los inmigrantes «regularizados». Los elementos o puntos de disociación o contraste entre las razones esgrimidas por la L.O. 8/2000 para reformar la LO 4/2000 y su regulación concreta son, pues, muchos y muy variados. Consecuentemente, las dudas sobre la eficacia de los objetivos perseguidos por la Ley emergen al primer plano del debate y pone en tela de juicio algunas de las bondades o virtudes de la Ley. No obstante, como antes advertíamos, la necesidad de huir de toda lectura simplista y sólo ideológicamente fundada, así como el reconocimiento del carácter necesario de parte de las reformas introducidas, sobre todo en el plano técnico-jurídico pero también, aunque menos, en alguna línea de fondo, debe llevar a un estudio pormenorizado pero sistemático de todos y cada uno de sus preceptos, así como, claro está, de su desarrollo reglamentario.

III. Estructura sistemática de la ley de extranjería e integración social de los inmigrantes

Como puede apreciarse con la simple lectura de la Ley Orgánica de Reforma, ésta tiene tres artículos que pretenden llevar a cabo la modificación correspondiente de buena parte de los preceptos de la Ley 4/2000. En este sentido, el primero contiene los múltiples cambios introducidos en el articulado de la LO 4/2000, el artículo segundo modifica la D.A.-Única, al tiempo que añade una nueva disposición adicional, y el tercero adecua los Títulos y Capítulos a la reforma realizada, por cuanto se producen importantes cambios en la ordenación numérica de los mismos, como consecuencia de la introducción de nuevos preceptos. La técnica empleada no puede ser más deficiente y el resultado más farragoso, por lo que los problemas de comprensión y coordinación entre ambos textos estarán a la orden del día, dificultando todavía más la ya de por sí complicada interpretación y aplicación de sus normas, con el consiguiente riesgo de ineffectividad.

Pese a la enorme extensión de reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2000 en la Ley 4/2000, ésta mantiene su estructura sistemática, articulada en torno a un cuerpo normativo compuesto por un Título Preliminar, en el que se determina el campo de aplicación, y cuatro Títulos más en los que se regulan:

- 1.º Las cuestiones relativas al reconocimiento y garantía de ejercicio efectivo de los **derechos y libertades de los extranjeros**, en las condiciones establecidas en la Ley Orgánica y las normas internacionales al respecto (Título I). Se delimita de este modo la posición jurídico-subjetiva, esto es, el status *activae civitatis* de los extranjeros, recuperando en gran medida los términos del art. 13.1 C.E., que habían sido alteradas en cierta forma por la redacción originaria, con lo que se habían creado falsas apariencias y abierto la puerta a inadecuadas interpretaciones radicalmente «superadoras» evidencia ya de concepciones precedentes. En todo caso, no es la nacionalidad el presupuesto para reconocer y atribuir la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas, entendidos en sentido amplio (STCo. 107/1984).
- 2.º (Re) definición del *Régimen Jurídico de los Extranjeros* (Título II), esto es, las situaciones jurídico-administrativas determinantes de aquel estatuto de derechos previamente delimitado en el Título I. Constituye sin duda la parte más tradicional de la legislación de extranjería y en ella se concentra un elevado número de cambios de gran importancia. Si el Título I pretende responder a la ordenación del pilar Integración Social, este segundo fija las técnicas de intervención administrativa puestas al servicio del pilar de la Gestión de Flujos. Al mismo tiempo, en esta parte del estatuto jurídico del extranjero se evidencia con toda claridad la clásica instrumentalización de la legislación de extranjería al servicio de la política de empleo de un Estado, en aras de mantener una reserva o preferencia de acceso al empleo respecto de los nacionales, si bien en la actualidad esta preferencia se extiende a los comunitarios y a los residentes legales.
- 3.º Tipificación de las Infracciones en materia de extranjería e inmigración, así como su régimen sancionador (Título III) . Con la elaboración de este Código Sancionador se pretende arbitrar las garantías necesarias para asegurar la efectividad del orden jurídico-administrativo introducido. No cabe duda que esta materia, en la que se traduce una concepción eminentemente represiva de la tutela legal, también ha sufrido una intensa reforma, en el sentido de reforzar las sanciones de todos aquellos comportamientos discordantes con el orden establecido, volviendo a incluir la máxima sanción, la expulsión, como un instrumento relativamente normalizado para responder a las inobservancias de la norma.
- 4.º La Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración (Título IV). Este Capítulo afronta formalmente una cuestión de gran importancia para el éxito final de toda la regulación contenida en la Ley, pero la realidad práctica tozuda y la farragosidad de la redacción, vuelven a evidenciar la existencia de un fortísimo contraste entre la realidad y las intenciones normadoras.

Como es habitual, esta Ley se cerraba on diferentes Disposiciones Adicionales, Transitorias y Derogatorias y finales, que serán objeto de oportuno comentario. En ellas destaca la nueva solución dada con carácter general a la inactividad de la administración, volviendo a la hoy denostada doctrina clásica del silencio negativo (DA 1.^a). También merece comentario, por la nueva conciencia del carácter territorialmente desigual que la cuestión de la inmigración plantea, la previsión de **Subcomisiones de Cooperación**, porque al margen de su capacidad real para resolver los problemas de coordinación, evidencia la necesidad de una acción concertada interadministrativa. El cambio de orientación que introduce la DF 10.^a, al recortar extraordinariamente el carácter orgánico de múltiples preceptos de la Ley, también debe valorarse positivamente, aunque inicialmente se deba a razones coyunturales.

Finalmente, creemos que merece en este momento una mínima llamada de atención el excesivo uso, y por tanto, a nuestro juicio, abuso, de la remisión al Reglamento de Desarrollo de la Ley, por cuanto de esta forma, la Ley queda en gran medida «bloqueada» o pendiente de aplicación hasta el momento de la promulgación del mismo, como ya sucediera con la versión originaria. Ahora bien, con la versión reformada esta técnica de remisión al reglamento, en ocasiones encubriendo una auténtica deslegalización de la materia, se abre un mayor ámbito de actuación para la discrecionalidad gubernamental, cuando la nueva L.O. 4/2000, en su versión originaria, había pretendido justamente acabar o limitar al máximo esta situación, propia del modelo precedente, y que tanta inseguridad jurídica y tanta actuación judicial había generado (E. AJA et alri., 2000). Lamentablemente estos temores se han confirmado con la actual redacción del RELOExIS, el RD. 864/2001, pues el Poder Ejecutivo ha «abusado» de los conceptos jurídicos y de las potestades excesivamente discrecionales, al tiempo que se ha evidenciado el exceso reglamentario (STS 20.3.2003)

IV. Principales puntos críticos de la vigente regulación de extranjería e inmigración

1. El ámbito de aplicación de la ley: la perpetuación de dos errores, uno conceptual, otro histórico

Por lo que refiere a la modificación del Título Preliminar, pese a su pretensión de limitarse, como advierte el propio legislador, a una «mera mejora gramatical en la definición de los extranjeros», conserva, además de las lógicas exclusiones del ámbito de aplicación antes contempladas, por cuanto suponen en realidad situaciones especiales más ventajosas, sus deficiencias técnicas —ej. perpetúa la definición puramente negativa del concepto de extranjero, hoy supe-

rada—. Pero, lo que todavía es peor, mantiene igualmente sus errores de fondo, como por ejemplo no introducir con claridad un *régimen especial preferente o privilegiado para los hispanoamericanos y aquellos otros no nacionales vinculados históricamente por especiales lazos con España*.

En lo que concierne a la primera cuestión, la relativa a las deficiencias técnicas, es claro que el mantenimiento de la misma redacción que la dada en la versión originaria, permite proyectar sobre ella la fundada crítica realizada comúnmente a la misma, en la medida en que supone persistir en un injustificable y peligroso inmovilismo conceptual. La tradicional definición negativa del concepto de «extranjero» por referencia a la carencia de la «nacionalidad española» sigue ignorando, ciertamente de modo formal, la radical superación de la misma con la incorporación de España a la Unión Europea, en virtud de la cual se aceptaba de pleno el desplazamiento del poder de determinación de la condición de extranjero, no así como se sabe de la cualidad de nacional, desde el Derecho interno al Derecho Comunitario. Este desplazamiento, que impide considerar al nacional comunitario, por tanto nacional no español, como extranjero en sentido jurídico, es especialmente manifiesto a partir de la introducción y desarrollo, aunque todavía no consolidación, del concepto de «ciudadanía comunitaria», pese a su carácter complementario y no sustitutivo de la «ciudadanía nacional» (art. 17 TCE/1999; B. Tomás Carrasco, 1996).

A este respecto, derogada ya en 1985 la histórica Ley 118/1969, 30.12, que recogía expresamente el principio de equiparación de los nacionales de los países históricamente vinculados con España —vg. principio de igualdad de trato jurídico nacional—, la posibilidad de reconstruir un régimen especial o privilegiado para las personas nacionales de estos países parece que, no obstante la polémica doctrinal al respecto, no podría venir de una interpretación maximalista de las normas internas, pese a que en ellas se concedían algunas preferencias o ventajas respecto al régimen general de extranjería. Expresivo de esta posibilidad sin duda el Preámbulo de la LOEx/1985, claramente favorable al reconocimiento de un régimen especial a los nacionales de países especialmente vinculados a España, como los iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y los originarios de Gibraltar. No obstante, el propio legislador parece querer recordar al intérprete que el principio de igualdad formal de trato a todos los extranjeros, inspirador con carácter general de la nueva regulación, no puede ser ni mucho menos absoluto, en particular a la luz de una reforma que pretende garantizar al máximo los «compromisos internacionales» adquiridos por España. Por lo tanto, habría que dirigir la mirada hacia una relectura de aquellos Convenios, algunos ya históricos, en los que no sólo se flexibiliza el régimen general, pero sin llegar a constituir uno propio, especial y preferente, sino que incluso se elimina o descarta de modo significativo aquél. Pese a todo, la drástica reducción de la política de exención de visados realizada en estas últimas fechas, real o pretendidamente impuesta por la «presión» de los países comunitarios, parece convertir este obje-

tivo de favorecer la creación de regímenes más favorables, especialmente en un momento de fuerte crisis de países suramericanos, en puro deseo¹.

2. Derechos de los extranjeros: el principio de integración por la igualdad de derechos y sus límites legales

Bajo el prisma del constitucionalismo democrático-social el sistema de derechos de los extranjeros ha de ser contemplado desde el principio de integración por la igualdad de derechos. Sin duda, especialmente significativo es el Título I («Derechos y libertades de los extranjeros») que aparece como norma de desarrollo del artículo 13 CE, reproduciendo con fidelidad la clasificación de derechos realizada hace ya más de una década y media por el TC (Sent. 107/1984). Ésta se basa en una diferenciación radical entre los denominados derechos fundamentales de la persona y los derechos sociales, de modo que es en relación a estos últimos, sin duda los más decisivos para la efectividad de la integración social, en la medida en que son el presupuesto para la garantía de disfrute real de aquellos, donde el legislador tiene un mayor margen de actuación, pues dada su dimensión prestacional se abre una mayor posibilidad de atender a concretas circunstancias, socio-económicas y personales, por lo que la equiparación de «todos», esto es, entre españoles y extranjeros, e incluso de éstos entre sí, es más difícil (J. De Lucas, 1998; Robert Alexy, 1999).

No obstante, la función de legitimación social de la Ley, conforme a una más moderna perspectiva de las leyes de extranjería, se juega básicamente en este punto, en la medida en que la actitud ante la posición jurídica de uno de los colectivos más desfavorecidos en el plano socio-económico define con claridad la concepción subyacente e inspiradora de la Ley, tal y como revela el intenso debate parlamentario sobre la reforma. Si los derechos fundamentales no se vinculan a la condición de nacional, ni tan siquiera de ciudadano sino a la de persona, que por tanto precede a la Ley —aunque sea la Ley la que delimita cuando se es persona—; tampoco los derechos sociales, *conditio sine qua non* para la vigencia de la cláusula de dignidad de la persona (G. Peces-Barba, 1999). Estamos ante derechos de la persona en cuanto trabajador (J.L. Monereo, 1996).

Tales derechos o bien derivan del ejercicio de una actividad socio-económicamente útil, al margen de la nacionalidad del que la realiza, o bien son inherentes a la existencia de determinadas situaciones de necesidad, al margen de la condición personal y de que se realice o no actividad (art. 41 C. E. De lo contrario, se acentuarían los efectos excluyentes de una sociedad «remercantilizada» en la que, como ya sucede respecto de otros colectivos en el seno de las socieda-

¹ Debe recordarse que el propio TC considerara plenamente válida constitucionalmente la exención a los hispanoamericanos, junto con otros con los que España «ha mantenido unas muy especiales relaciones», de la necesidad de proveerse del permiso de trabajo exigido a los restantes extranjeros (STCo. 107/1984, 23.11).

des «de la opulencia», cada vez son más los desplazados hacia situaciones particularmente vulnerables y desarraigados, con el consiguiente incremento de los «focos», potenciales o reales, de conflicto social (J.L. Monereo, 1996; M.J. Alón, 1997) Por lo tanto, el reto de la integración no sólo tiene una dimensión social —*vg.* objetivo de la cohesión— sino también económica, en cuanto que es un presupuesto, como ilustra bien la ya biseular historia de la legislación social, para el mantenimiento del modelo económico basado en las reglas de mercado. De ahí el permanente «vaivén» de los inmigrantes entre las leyes y el mercado.

Por eso es una de las partes del articulado más afectadas por los cambios y en la que se concentran buena parte de las principales polémicas que ha suscitado, tanto en el debate parlamentario como en el análisis doctrinal. Formalmente se ha pretendido recibir legislativamente sean los mandatos constitucionales, en especial en los términos fijados sea en las normas internacionales, ex art. 10.2 CE, sea en la propia interpretación del TC (SSTCo. 107/1984, 23.11; 99/1985, 30.9; 115/1987, 7.7, etc.), sean los compromisos adquiridos por España en el marco de la Unión Europea. En la concepción del legislador, si el primer objetivo de política jurídica impulsaría o inspiraría una opción amplia, extensiva de los derechos de ciudadanía a los extranjeros, el segundo, en cambio, debería servir de freno o límite, pese a que uno de los baluartes de la política comunitaria actual en esta materia es el deber de trato justo basado en la garantía de los derechos humanos, en especial de las minorías. Precisamente, este conflicto, de nuevo más aparente que real, y sus vías de conciliación o armonización, han centrado la discusión en materia.

En relación al primero, esto es, a la dimensión constitucional de los derechos de los extranjeros, conviene recordar la diferente opción de política jurídica presente en el art. 13.1 C.E. en relación al Derecho Privado, en particular en el sector del Derecho Patrimonial, aunque también afecta al Derecho de las Personas. En aquél se apostaría por un modelo de regulación constitucional de los derechos de los extranjeros basados en el principio de preferencia o diferencia favorable a los nacionales. La diferencia respecto del precedente modelo iusprivatista, recogido en el art. 27 C.civ. y art. 15 C.co., serían manifiestas, en la medida en que en tales normas se partía del principio contrario: la igualdad de trato salvo que otra cosa disponga la Ley (E. Pérez Vera, P. Abarca).

Con la nueva regulación aportada por la L.O. 8/2000 adquiere especial sentido el volver a la celeberrima clasificación tripartita realizada por el TCo, para realizar una reconstrucción o relectura expansiva conforme a una interpretación sistemática y evolutiva (art. 10.1 C.E. en relación al art. 3.1 C.civ.). Lo que se justificaría ante el carácter inicialmente más restrictivo que asume respecto de determinado colectivo de inmigrantes, aquellos en situación irregular, pero que no por ello están privados de un determinado estatuto jurídico, si no propiamente de ciudadanía, porque éste presupone un vínculo formal con un territorio, sí en todo caso «jurídico-personal», en cuanto titular de derechos inexpropiables como persona (STCo. 130/1995).

Como se recordará, en primer lugar el TC puso de relieve la existencia de un catálogo de derechos que corresponden tanto a los españoles cuanto a los extranjeros, y cuyo disfrute no puede hacerse sino en condiciones de igualdad, pues no en vano se tratarían de *derechos de la persona* atribuidos en cuanto tal y no como ciudadanos. Por lo tanto, la regulación infraconstitucional no debería en este caso hacer distinciones. Estos derechos, que formarían el «núcleo duro» de la garantía de respeto a la dignidad humana reconocida en el art. 10.1 CE, tienden a identificarse en lo sustancial con los derechos fundamentales y libertades públicas —ej. derecho a la vida y a la integridad física y moral; libertad ideológica, religiosa y de conciencia; derecho a la intimidad personal y familiar; derecho a la tutela judicial efectiva...—. Cabría objetar que los derechos de libertad sindical y de huelga son auténticas libertades públicas atendiendo al propio encuadramiento del art. 28.2 dentro de la sección 1.^a, relativa a «los derechos fundamentales y de las libertades públicas», del capítulo II del Título I de la Constitución.

En segundo lugar, y en el polo opuesto, la C.E., reconocería un grupo de derechos, ciertamente muy limitado, que se reservarían en cambio a los nacionales por vincularse estrechamente a un ámbito de ejercicio de soberanía estatal en sentido estricto. En estos casos, sólo excepcionalmente podrían atribuirse a los extranjeros. Queda claro que esta categoría de derechos reservados a los nacionales ha sido objeto de una relativa revisión tras la propia reforma del art. 13 C.E., en favor de la participación de los comunitarios como titulares del derecho sufragio activo y pasivo. A parte de incluir el derecho de acceso a los empleos públicos que no supongan ejercicio de autoridad pública.

Finalmente, nos encontraríamos ante un amplísimo y creciente conjunto de derechos que, aún reconocidos y atribuibles a los extranjeros, sus concretas condiciones de ejercicio quedarían sujetas a lo previsto en las leyes infraconstitucionales o en los Tratados Internacionales, por lo que se trata de *derechos de configuración legal*. Consecuentemente es respecto de este extenso catálogo de derechos sobre el que los Tratados y las Leyes nacionales tienen mayores posibilidades para delimitar el contenido y alcance de aquéllos, por lo que sí cabe establecer diferencias en su ejercicio, ya sea entre españoles —y nacionales de otros Estados miembros de la Unión— y extranjeros, ya sea entre los propios extranjeros, bien en atención a diferentes situaciones jurídico-administrativas bien a circunstancias que objetivamente justifiquen la diferencia —ej. vínculos históricos entre países—.

No obstante, debe tenerse en cuenta la propia evolución experimentada por la jurisprudencia constitucional, en una dirección extensiva del control de constitucionalidad de las leyes reguladoras de las situaciones y derechos de los extranjeros (ej. STCo. 115/1987; STCo. 95/2003). Por otra parte, conviene insistir sobre un doble sentido discordante de la expresión «configuración legal»: o bien entendido como desarrollo legal eficiente del programa constitucional, o bien como plena disponibilidad legislativa (y en particular para los extranjeros), sin

auténtica garantía constitucional. Es preciso defender el primer sentido, más ajustado a un modelo de Constitución garantista como la de nuestro país, porque permite que quede respetado el contenido esencial del derecho, sin desconstitucionalizarlo. Esto implica que aspectos relevantes del contenido esencial nunca pueden formar parte del contenido «posible legal», lo contrario comportaría una invasión en la distribución de «competencias» en la Constitución entre la tarea del constituyente y la tarea del legislador infraconstitucional.

Junto a los derechos de participación política y a la libertad de circulación, derechos configurados como fundamentales en sentido estricto, en esta tercera categoría de derechos, se insertan la mayoría de los derechos de carácter social y laboral. No obstante, algunos de ellos, al menos en parte de su contenido, se vinculan estrechamente a la tutela de situaciones de necesidad de toda persona, por lo que su reconocimiento y ejercicio debería vincularse o **englobarse** en la primera categoría —*v. gr.*: derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la asistencia jurídica gratuita, derecho a los servicios sociales, derecho a la renta mínima de inserción...— Precisamente, es respecto a la actitud que en relación a estos derechos adopta la versión originaria y la versión reformada de la L.O.4/2000 donde se localiza buena parte de las diferencias entre una y otra.

Así, asumiendo en este momento una perspectiva de valoración general, puede afirmarse con toda claridad y sin temor a errar que, mientras la primera tiende a la mayor igualdad posible de los nacionales y extranjeros, por un lado, y de estos entre sí, al margen de su concreta situación administrativa, la segunda reduce el principio de favor hacia la paridad de trato sólo entre españoles y residentes legales, optando por marcar netamente las diferencias entre los estatutos jurídicos de los extranjeros en atención a la regularidad o no de su situación en España. Obviamente, como se reconoce en la propia EM, se pretende «penalizar» o «criminalizar» la inmigración ilegal, incentivando o premiando en cambio la legal, si bien bajo el argumento, más o menos creíble, de proponer una mayor defensa de la persona combatiendo duramente el tráfico ilegal de mano de obra. Los «irregulares», paradojas de la política del Derecho, que son extranjeros más débiles, quedan privados del ejercicio efectivo de ciertos derechos fundamentales

Aunque el objetivo es más que loable, venerable, los medios ni son los más adecuados (no existe un mínimo principio de adecuación medio utilizado-fin perseguido) ni, en todo caso, garantizan la eficacia del objetivo, por lo que debe ser objeto de crítica, tal y como los propios responsables de la aprobación de la Ley ya están evidenciando de una u otra forma, por lo que se ciernen nuevas incertidumbres sobre la aplicación efectiva de esta Ley. Por otro lado, conviene igualmente reseñar que, pese a una difundida opinión en contrario, de una lectura atenta de la Ley se desprende el mantenimiento de ciertos derechos de carácter social (Vid. *infra*) reconocidos a los inmigrantes en situación irregular en la versión originaria (ej derecho a la asistencia sanitaria de urgencia, derechos a los servicios sociales básicos; derecho a la educación obligatoria...), al margen de recordar que la nueva Ley

no puede invertir el sistema de fuentes por lo que, una interpretación de algunos de esos derechos a la luz de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Derechos Humanos, debe llevar a un importante enriquecimiento del estatuto jurídico de los inmigrantes vinculados a nuestro país tan sólo por situaciones fácticas que, en todo caso, no pueden dejar de ser relevantes para el derecho (ej. derecho a la protección por accidentes de trabajo; derecho a la tutela judicial efectiva, incluido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; derecho a la asistencia sanitaria básica; derecho a la renta de inserción...).

La opción de política legislativa no es exactamente igual respecto de todos los derechos. Mientras que en unos casos la reforma ha tenido básicamente el sentido de mantener e incluso reforzar la equiparación plena con los españoles, en particular cuando se trata de residentes legales, en otros el objetivo ha sido, más limitadamente, introducir mejoras técnicas respecto de la versión originaria. Finalmente, un tercer grupo de reformas, pueden encuadrarse claramente en una línea de restricción respecto de avances anteriores, en particular cuando se trata de extranjeros en situación «irregular». Conviene poner de relieve desde este momento que algunos derechos sociales de especial significación **o bien no se han modificado en absoluto** (ej. Derecho a la asistencia sanitaria; derecho a la Seguridad Social y Servicios Sociales), o bien han experimentado una modificación muy limitada (ej. derecho a la educación).

Por lo que refiere a los derechos cívicos, dos merecen una especial consideración, el que podríamos denominar, si bien carece de un auténtico contenido normativo, derecho a la identidad documental (art. 4), por un lado, y el crucial derecho a la libertad de circulación y residencia (art. 5). En relación al primero, una de las manifestaciones de la pretendida equiparación en la regulación precedente está en el artículo 4, relativo a la regulación del derecho a la documentación, redactado desde la consideración de la documentación que reciban en España, tanto en materia de residencia como de trabajo, debe encontrar la misma tutela que el DNI para los españoles. De ella no podrán ser privados, salvo en los supuestos en que, conforme a la Ley de Protección Ciudadana, haya de ser sustituido por otro documento. En el anterior art. 57 la privación de la documentación procedente de su país de origen se considera como una medida cautelar a adoptar a raíz de la apertura de un expediente sancionador. Este artículo no ha sido modificado por la L.O.8/2000, aunque el desarrollo reglamentario puede generar algunos problemas.

Respecto a la libertad de circulación, derecho fundamental de primer orden en esta materia, y cuyo contenido y alcance refleja en buena medida un determinado modelo regulador de la extranjería e inmigración en cada país, las reformas introducidas tienen, aunque pueda resultar paradójico, un marcado carácter garantista como analizaremos en su momento. Las únicas modificaciones tienden a restringir las facultades concedidas a la autoridad gubernativa para limitar el ejercicio del derecho en atención a ciertas circunstancias excepcionales.

Por lo que concierne a los denominados *derechos de participación política*, es oportuno ahora recordar que la universalidad hoy predicada —y predicable— de los derechos fundamentales ha encontrado tradicionalmente fuertes desmentidos en relación a esta categoría de derechos, esto es, a los derechos de ciudadanía política. Hasta hace bien poco tiempo tales derechos se reservaban tan sólo a los nacionales de un Estado, con el consiguiente efecto de exclusión social que de esta concepción «soberanista» o «nacionalista» se deriva para los extranjeros (Rodríguez-Drincourt Álvarez, 1997). Ahora bien, el mantenimiento de esta situación en nuestros días, ante el desarrollo de un movimiento inmigratorio que pretende insertarse o integrarse en el Estado y en la Sociedad de «acogida» o «empleo», no sólo se revelaría como un trato «incoherente» o contradictorio sino, lo que es peor, como un trato manifiestamente injusto: si el extranjero está sometido a la Ley (*ius*) y a la Jurisdicción (Foro) del Estado de Acogida, y se obliga a cumplir en él el pago de los impuestos (art. 15 LO 4/2000), la negación o restricción de derechos de participación política supone un claro incumplimiento del «contrato social» (R. DAHRENDORF, 1974). Es muy discutible que no puedan ser considerados como parte de la comunidad política.

En este contexto, uno de los preceptos que más problemas ha suscitado, ya en su versión originaria, es el art. 6 relativo al derecho de participación «pública», hasta el punto de tacharlo de inconstitucionalidad, por lo que la versión originaria pretende evitar esta situación crítica. Como consecuencia de un entendimiento tradicional de los derechos políticos vinculados a una estricta noción de ciudadanía, el art. 13.2 CE, reservó el derecho de sufragio para los españoles, salvo lo que pueda establecerse por Ley o Tratado para las elecciones municipales, siempre en atención al principio de reciprocidad. El informe del TCo. 27.8. 1992 obligó a una reforma constitucional, la única por el momento, para permitir el sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios fijado en el Tratado de la Unión Europea.

La versión originaria de la L.O. 4/2000, sin embargo, evidenciando una concepción mucho más moderna y actual de los derechos políticos, el art. 6 omitió cualquier referencia a aquel condicionante constitucional, dejando la atribución del derecho de sufragio a la única voluntad del legislador, nacional o internacional (apartado 1). Pero igualmente atribuyó de forma directa un derecho de elección democrática de representantes para los extranjeros residentes empadronados que no pudiesen participar en las elecciones locales (apartado 2), si bien se trataba de una forma de representación «corporativa» y excluyente, en buena medida «vacía de contenido, ya que no articula(ba) ninguna garantía de efectiva representación de intereses de la población inmigrante» (M. RAMOS QUINTANA, 2000). No obstante, a tal fin ordenaba la creación de un nuevo «padrón de extranjeros» a modo de censo electoral específico.

Al objeto de evitar las eventuales tachas de inconstitucionalidad que una regulación de este tipo suscitaba la nueva regulación ha procedido:

1. Primero a recuperar la referencia constitucional relativa al principio de reciprocidad:
2. Excluir el reconocimiento de derecho de elección de representantes específicos para los extranjeros en el ámbito local. A tal fin se suprime completamente el párrafo segundo correspondiente a la versión originaria.
3. Excluir de la inscripción en el padrón municipal o situación de empadronamiento cualquier consecuencia o efecto jurídico distinto al que deriva de la **regulación** establecida, por tal concepto, en la legislación de bases del régimen local.

Ahora bien, como se ha indicado, el problema es que tal formulación en realidad carece de contenido atributivo de derechos por cuanto, el art. 18.2 de la LBRL, en la redacción asumida por la Ley 4/1996, expresamente manifiesta que esta inscripción ni constituye prueba alguna de residencia legal en España ni supone el reconocimiento de derecho alguno. Se trata más bien, pues, de una vía de controlar o dar transparencia a una situación fáctica, como prueba la Resolución de 4.7.1987 del INE, en la que se fijaba la obligación de todos los Ayuntamientos de dar de alta en el padrón a cualesquiera persona que en ellos habitara, al margen de su nacionalidad y de la regularidad o no de su situación, que un vínculo a partir del cual ejercer determinados derechos de contenido social.

La eliminación con carácter general de las novedosas consecuencias atribuidas al empadronamiento en la versión reformada podría llevar a pensar, a primera vista, que con esta modificación se restaura la precedente consideración como acto puramente de control estadístico de las personas que habitan en cada municipio frente a su consideración como situación administrativa determinante de la atribución de un reducido cuantitativamente, pero importante cualitativamente, número de derechos. No obstante, la conservación de algunos de estos efectos, al no modificar preceptos en los cuales se considera tal situación, como sucede con el artículo 12, sigue planteando esta importante cuestión, y pone de relieve de nuevo los problemas de coordinación del nuevo texto con el anterior. Sigue siendo este un tema ampliamente discutido.

Por su parte, los artículos 7 y 8, relativos a las libertades de *reunión y manifestación*, por un lado, y libertad de *asociación*, por otro, considerados derechos inherentes a la condición humana, implican (STCo. 115/87), por lo que refiere al objeto del derecho, una equiparación prácticamente total, por cuanto la delimitación del derecho se realiza por remisión al régimen jurídico reconocido a los españoles. Ahora bien, mientras que la versión originaria de la L.0.4/2000 pretendía equiparar el tratamiento también entre los diferentes extranjeros, culminando de esta manera un proceso expansivo abierto con la STCo. 115/1987, la versión reformada redefine el ámbito subjetivo preconizando el retorno a la versión originaria de la LOEx./1985, si bien en el aspecto objetivo aparece totalmente depurada constitucionalmente, como no podía ser de otra manera.

En efecto, la STCo. 115/1987 declaró inconstitucional la obligación de exigir autorización al órgano competente para ejercitar tales derechos («El problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución española habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4. El artículo 13.1 reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4. *Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales* derecho de asociación, conforme a aquella legislación precedente»), cuando concurriesen determinadas causas de seguridad o interés nacional aspectos de la regulación de la LOEx 7/1985. Aunque respecto al sujeto de derecho de la libertad de asociación la nueva norma en su versión originaria reservaba la capacidad de promover las asociaciones tan sólo a los residentes legales, la versión reformada lo suprime, para volver a la misma definición del art. 8 L.O.Ex/1985, plenamente recibida por la jurisprudencia ordinaria. Así, la STS 23.11.1998, al constatar tan sólo la acreditación de estancia, situación diferente a la de establecimiento y trabajo, y no la de reserva legal, excluye el derecho de asociación, conforme a aquella legislación precedente.

No planteará, pues, desde la perspectiva jurídico-formal, excesivos problemas el actual art. 8, que nuevamente exige para el ejercicio de estos derechos por el extranjero la acreditación de hallarse en situación legal en territorio español. Ahora bien, se trata de una regla que, acorde con la actual voluntad legislativa de marcar las diferencias entre ambas situaciones, parece colisionar con una máxima de experiencia, a tenor de la cual esta exigencia carecería en verdad de consecuencia práctica alguna, por cuanto la presencia de extranjeros que no se hallen en tal circunstancia no permite a la Autoridad gubernativa suspender o disolver la manifestación, ni sus organizadores asumen responsabilidad alguna por tal presencia. Es poco practicable en la «cultura práctica de los derechos fundamentales».

Esta regulación merece un planteamiento jurídico-crítico, ya que se trata de derechos de la persona no condicionables radicalmente en su ejercicio pleno a la obtención de una autorización administrativa de estancia o residencia en España. Prohibir el ejercicio es negar aquí el derecho mismo.

Por lo que refiere a los *derechos de ciudadanía laboral o industrial*, esto es, aquellos que entroncan tanto con el principio participativo, propio de los derechos de ciudadanía política, como con el principio de libertad, propio de los derechos de ciudadanía civil o cívica, incluso con el principio de igualdad, propio de la ciuda-

danía social, pero que se concretan en un determinado colectivo socio-económico, los trabajadores, y si ejercen en un concreto ámbito, la empresa y el mundo del trabajo en general (derechos del ciudadano en cuanto trabajador, «hombre socialmente situado»; J.L. Monereo, 1996), la **reforma operó una modificación importantísima** respecto a la versión originaria que viene siendo objeto de fuertes —y merecidas— críticas. Nos referimos concretamente a los derechos colectivos o sindicales por antonomasia, el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 11). Recientemente la autorizada doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha mostrado contraria a la legitimidad de tal opción reguladora en atención al Derecho Sindical Internacional, lo que abre significativas expectativas para que el fallo del TCo. vaya en esta misma línea.

La nueva redacción dada al art. 11 elimina una de las principales novedades introducidas por la versión originaria de la L.O. 4/2000, lo que ha provocado duras críticas por parte de los distintos colectivos de inmigrantes y los partidos de la Oposición, hasta el punto de que, al menos formalmente, el rechazo del proyecto de reforma se ha vinculado para algunos de estos partidos básicamente a la tacha de inconstitucionalidad que tales cambios implicarían. Desde esta perspectiva crítica estaríamos ante derechos de la persona que hay que reconocer a todo sujeto que realice una actividad por cuenta ajena o que se encuentre en nuestro país para realizarla, al margen de su concreta situación jurídico-administrativa.

En efecto, a diferencia de la versión originaria y en línea con la anterior redacción bajo el imperio de la LOEx/1985, la versión reformada de la ley exige de nuevo el requisito de la residencia legal en España, por cuanto se reconoce el derecho de libre sindicación a todos los extranjeros, en igualdad de condiciones que los españoles, pero sólo lo podrán ejercer «cuando obtenga autorización de estancia o residencia en España» (art. 11.1 in fine). Del mismo modo, continúa el apartado segundo de dicho artículo, «cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga». En principio, tal opción podría considerarse coherente con el carácter selectivo que tienen tales derechos, por cuanto sólo pueden ser ejercidos por aquellos sujetos que tengan la condición de trabajadores en sentido técnico-jurídico, esto es, trabajadores por cuenta ajena. En la medida en que el extranjero sólo adquiriría tal condición cuando reúna los requisitos legalmente establecidos, esto es la obtención de permiso de estancia o residencia —no se menciona el permiso de trabajo respecto a la libertad sindical, sí para el derecho de huelga—.

No obstante, al margen de lo discutible del argumento en términos jurídico-formales, teniendo en cuenta que estamos ante unos derechos vinculados a la realización de una actividad más que a una abstracta situación jurídico-formal, o a un derecho colectivo o de grupo, sin perjuicio de las facetas o facultades de titularidad individual, parece claro que tal construcción restrictiva choca con un argumento práctico: el ejercicio de la libertad de sindicación y el derecho de huelga es

un instrumento irrenunciable por estos colectivos para hacer frente a su situación de desequilibrio socio-económico (STCo. 11/1981), al margen de las formalidades legales. Debe repararse, en esto, la utilidad específica desde el prisma particular del derechos constitucional del trabajo («constitución jurídica del trabajo») (véase Monereo, J.L.; Molina, C. y Moreno, M.^a N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002, *passim*).

Hay que tener en cuenta la fuerza atractiva de la condición efectiva de trabajador. Desde esta perspectiva crítica se está ante *derechos de la persona que hay que reconocer a todo sujeto que realice una actividad por cuenta ajena o que se encuentre en nuestro país para realizarla, al margen de su concreta situación jurídico-administrativa*.

Sí se mantiene, en cambio, la otra novedad contemplada por la versión originaria de la LO 4/200 y que, paradójicamente, sí planteaba muchos más problemas de encuadramiento en nuestro sistema, en la medida en que la apertura a «sindicatos de categoría», además de dificultar la integración social efectiva, plantea delicados problemas de armonización con el principio de equiparación que inspira toda la regulación. La existencia de sindicatos «autónomos», constituidos única y exclusivamente por determinados colectivos de trabajadores, no se vincula a condiciones personales, como la nacionalidad, sino a circunstancias objetivas relativas a la «categoría profesional» o al tipo de profesión realizados ej. sindicatos de pilotos; sindicatos médicos; sindicatos de funcionarios..., y si ciertamente implican un efecto fragmentador de los intereses de los trabajadores en cuanto grupo socio-económico, no conllevan los mismos riesgos de dualización o conflicto social que el que representaría un sindicato de trabajadores extranjeros. En todo caso, el problema está sobre la mesa y la realidad dialéctica entre «asociaciones de inmigrantes» y sindicatos de trabajadores constituye una de las cuestiones más importantes y polémicas del movimiento sindical contemporáneo (S. Veredas: *Sindicatos y asociaciones de inmigrantes: una relación difícil pero necesaria*. AA. VV.: Coord. Felipe Morente, «Inmigrantes, claves para el futuro inmediato». *Cuadernos Étnicas*. Universidad de Jaén-Cruz Roja Española. Jaén, 2000).

Pero sin duda, es en la delimitación de los denominados derechos de *ciudadanía social*, derechos de prestación por parte de los poderes públicos —pero también de sujetos sociales— y de participación en la «riqueza» del país de empleo y/o acogida, por tanto derechos de solidaridad, donde se concentran algunas de las cuestiones de mayor interés de la nueva regulación. La escuela, la vivienda, el empleo, la protección de la salud, la protección por desempleo y otras contingencias sociales, son demandas legítimas de una inmigración de asentamiento que no pueden rechazar los gobiernos de destino, so pena de renunciar a los imperativos no sólo del Estado Social sino al mismo Estado de Derecho. En este sentido, sin perjuicio de la ya referida brecha entre el reconocimiento de los derechos fundamentales de libertad o autonomía y los derechos sociales, sujetos a condiciones más estrictas y a una mayor fragmentación, y de algunos importantes defectos de

técnica jurídica, hay que reconocer que se produce un notorio avance respecto de la regulación contenida en la L.O.Ex/1985. El avance es, sin embargo, menor si se atienden al RD 155/1996, y todavía menos respecto de la situación ya existente a la luz de otras leyes especiales y determinados textos internacionales.

Así, desde un punto de vista general, cabe destacar una gran diferenciación de sus contenidos en atención a condiciones o criterios subjetivos, graves problemas de efectividad por el incremento de gasto que supone, por un lado, sin previsión presupuestaria concreta, salvo el genérico compromiso de la D.Final 40, y los muchos cambios organizativos que implica, por otro. Son además notorias las dificultades de coordinación entre las diferentes AA.PP. implicadas, así como la falta de un adecuado reparto de las «cargas» y compromisos entre Administración Central y CC.AA., que tienen asumidas en gran medida las competencias. La estricta continuidad de ciertas redacciones no ha permitido aprovechar, a diferencia de lo sucedido respecto de otros preceptos, la oportunidad para mejorar la técnica jurídica, en algunos casos con un grado tal de confusión que los hace incomprensibles.

En definitiva, una vez más, en esta materia cabe concluir que los cambios son más aparentes que reales a la luz de la jurisprudencia constitucional y el Derecho Internacional, así como de otras Leyes especiales vigentes con anterioridad. Los resultados esperables con la nueva regulación, de no haber una garantía más firme a través de específicos programas de actuación, definición de partidas presupuestarias concretas para hacer frente al incremento de gasto y a las reestructuraciones organizativas, así como una red institucional y convencional de acuerdos entre AA.PP. y entre estas y agentes sociales, no diferirán en mucho del ya alcanzable conforme al sistema de fuentes anterior a la L.O. En este ámbito, como en general respecto de todo el catálogo de derechos, la aportación del RELOExIS es mínima, salvo en lo referente a los Centros de Migraciones.

Como cuestiones más relevantes cabe destacar, sin perjuicio de remitir a los comentarios realizados a cada uno de estos derechos, los siguientes:

1) Una de las cuestiones que más enjundia presenta, abierta con la regulación ambivalente y confusa de la versión originaria y algo más cerrada con la nueva redacción, pero en modo alguno zanjada o eliminada, es la de determinar si estamos ante una continuidad o no de la tradicional concepción del permiso de trabajo. A este respecto, la doctrina aparece fuertemente dividida respecto a la regulación anterior, que si bien sufre variaciones en sentido restrictivo, en la dirección dominante antes de la L.O. 4/2000, bajo el imperio de la LOEx/85, no son de tal claridad como para eliminar, como hemos dicho, la discusión. Las consecuencias prácticas son extraordinarias, como pone de relieve, por ejemplo, la interpretación que se da al art. 36.3. *in fine* (antiguo art. 33. 3).

2) ¿Queda o no derogado el art. 7.5 LGS con la nueva ordenación del art. 10 LO 4/200, que establece un principio de igualdad de trato? Aunque la res-

puesta positiva parece la más adecuada en el actual sistema, basado en un principio de equiparación entre españoles y residentes legales extranjeros, hay que destacar en todo caso, sin perjuicio del comentario que se realizará en su momento, la falta total de claridad, que parece suponer la ignorancia —¿deliberada?— del legislador del sistema actual de ordenación del derecho de acción social, acudiendo a conceptos procedentes de ramas diferentes. Se desconoce, o se quiere desconocer, la regulación sistemática consolidada y las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales en materia, no obstante las importantes dificultades para deslindar determinadas técnicas de protección social.

3) No se producen novedades sustanciales en algunos derechos: educación; asistencia sanitaria; seguridad social y servicios sociales; vivienda.

4) Se mantiene la atribución de determinados efectos a la inscripción en el Padrón municipal, de modo que si bien el empadronamiento como situación que abre la regularización permanente ha desaparecido formalmente de la LO 4/2000, se le siguen atribuyendo consecuencias sustanciales: derecho a asistencia sanitaria, asistencia jurídica gratuita.

5) Especial comentario debe merecer la reforma de lo que ya puede considerarse, sin duda un nuevo derecho social fundamental: el derecho al reagrupamiento familiar.

Este derecho representa uno de los instrumentos o garantías más destacados de efectividad de la integración social, junto al derecho a la vivienda del art. 13 LO 4/2000 en relación al art. 47 CE, con el que mantiene estrechos vínculos. Como afirma la reciente Directiva 2003/86/CE, del Consejo, 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, este derecho es necesario para la «vida en familia» y contribuye «a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro». Pese a la importancia de este derecho, no se podía afirmar bajo la regulación precedente que la integración estaba en el centro de la política inmigratoria mientras la reagrupación familiar se regulaba tan deficientemente, primero porque no estaba contemplada en la Ley, y porque su trámite sigue entrañando grandes dificultades administrativas.

Por esto, aunque un análisis más atento del sistema actualmente vigente de fuentes pone de relieve que la innovación en el plano sustancial es menos radical de lo que parece (vid. art. 8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; art. XII Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante; art. 19.6 Carta Social Europea), hay que destacar que constituye la primera vez que se reconoce como derecho de modo expreso y formal, al margen de la genérica referencia del art. 18 C.E., y representa una de las novedades más señeras y con extraordinaria relevancia práctica. Hasta el momento, y a pesar de la significativa, aunque limitada, jurisprudencia del TJDH, habría sido tratado de modo inadecuado, tanto formalmente,

por cuanto su reconocimiento aparecía en un Reglamento, como materialmente, por cuanto ni se reconocía un derecho subjetivo ni su contenido se ajusta a la actual realidad social y jurídica.

Entre los elementos de regulación más destacados cabe mencionar:

- su configuración como auténtico y genuino derecho social fundamental de las personas a vivir en familia, reconocido tanto a los nacionales —y comunitarios— respecto de cónyuges o familiares extranjeros cuanto a los extranjeros, si bien se plantea la cuestión de si es un derecho autónomo o, al contrario, es un derecho complementario o integrado en el derecho a la intimidad y al respeto de la vida privada en familia.

La conexión a este precepto no solo aparece en la L.O. sino en la jurisprudencia consolidada, ciertamente avanzada aunque todavía no suficientemente aperturista, del TJDH: tutela del derecho a la dimensión familiar del libre desarrollo de la persona vulnerado cuando se produce la expulsión en determinadas circunstancias. Derecho recogido en el art. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SsTJDH 18.2.1991, caso *Moustaquin v. Belgica*; 19.2.1996, *Caso Gull contra Suiza*; 26.9.1997; caso *Bujaid contra Francia*).

- se plantea tras la reforma no sólo su configuración como derecho subjetivo, sino también su ámbito subjetivo.

Así, la versión originaria dejaba clara esta dimensión de derecho subjetivo, frente a la tradicional concepción como pura facultad que habilita para solicitar un visado en condiciones especiales (vid. art. 54.3 RD 155/1996): «1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar...», y extendía el derecho a los familiares: «2. Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente».

La nueva redacción mantiene claramente esta configuración como derecho subjetivo, si bien lo condiciona más intensamente al cumplimiento de determinados requisitos fijados no solo legal (art. 18.1) sino, lo que es más discutible, reglamentariamente (art. 16.3 párrafo segundo; art. 17.2 y art. 18.4). Por lo que en buena medida se reduce la automaticidad que parecía inspirar su reconocimiento en la versión originaria, por lo que será necesario una interpretación extensiva del derecho conforme a las pautas internacionales y la realidad social actual, en particular a la vista de la Propuesta de Directiva de la Unión para extender este derecho a los nacionales de terceros países, pues de lo contrario se corre el riesgo de «vanificar» su contenido. El Reglamento futuro de desarrollo deberá mantenerse fiel a la dimensión constitucional, e incluso comunitaria, que este derecho alcanza hoy como derecho humano fundamental de las personas, clave para la efectividad de la integración social.

En la misma dirección restrictiva, descarta el reconocimiento de un derecho propio de los familiares a obtener un permiso de residencia por reagrupamiento con el residente en nuestro país. Esta opción reduccionista es criticable, pero no puede sino lamentarse puesto que no cabe en vía interpretativa extender el derecho, en la medida que es un derecho social fundamental de configuración legal, por lo que el legislador dispone de amplias, no ilimitadas por supuesto, facultades de concreción. Esta limitación no se ve en modo alguno compensada por el nuevo art. 19 LO 4/2000.

- frente a la ampliación de categorías de familiares que pueden obtener la reagrupación, y el permiso de residencia correspondiente, en relación a la regulación reglamentaria anterior, se produce una nueva reducción. En especial destaca la exclusión del derecho respecto de «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias». La exclusión de la letra f), en virtud de la cual se reconocía el derecho respecto de «los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea», quizás responde al deseo del legislador de excluir cualquier referencia a los ciudadanos comunitarios en este ámbito normativo, no aplicable a ellos, sin que tenga consecuencias materiales, puesto que este derecho ya existe en cuanto se reconoce como ciudadano comunitario y, en todo caso, aunque esto es discutible, en virtud del principio de no discriminación debe entenderse incluido.
- muy importante resulta el mantenimiento de la garantía de continuidad o conservación de la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dió lugar a su adquisición.

Lo que pretende evitar una doble discriminación: la dependencia de la mujer respecto del marido, por un lado, la dependencia de la mujer respecto de un eventual empleador, por otro, en cuanto que lo contrario la condenaba a mantenerse en una situación de irregularidad, por lo que se facilitaba la explotación laboral de la misma. De este modo, aunque de forma más matizada que en la redacción originaria, en la que se reconocía un derecho propio al familiar, ahora sólo posible en los términos limitados del art. 19 LO, se mantiene una cierta expresión del cambio operado en el modelo de emigración femenina, considerada hasta ahora simplemente como «migración de arrastre», en virtud de la cual la posición de la mujer inmigrante como sujeto de derechos había venido siendo devaluada respecto del hombre, con lo que se reforzaba aquella **doble** discriminación referida, en cuanto extranjera y en cuanto mujer (R.MESTRE. «Género e inmigración en el Estado español. Discursos y derechos excluyentes». Sociología del Diritto. n.1.1999).

Como instrumentos de garantía de la efectividad del reconocimiento y ejercicio de los derechos concretados en los Capítulos anteriores, el Capítulo III, recoge las

«garantías jurídicas» previstas a tal fin, y que no son sino sendos derechos instrumentales al servicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a su vez funcionalizado para asegurar la realización de aquellos derechos a través de la adecuada tutela judicial. Esta tutela se estructura en torno a las siguientes contenidos básicos:

- a) El reconocimiento del derecho fundamental para todos los extranjeros, al margen de su régimen administrativo, en igualdad de condiciones que los españoles no es una cuestión disponible para el legislador, pues es un derecho de la persona, como pues ha afirmado reiteradamente por el TC (Sent. 64/1988). Además, encuentra sólido fundamento en nuestro sistema de fuentes, tanto internacionales como internas (art. 21. LOPJ). Igualmente constituye un dato adquirido en las diferencias experiencias europeas.

Por tanto, se entiende que la modificación operada por la L.O. 8/2000 en el nuevo art. 20, antiguo art. 18, no podía afectar en ningún caso al primer apartado del mismo, en el que se reconocía que los extranjeros, sin más calificación, «tienen derecho a la tutela judicial efectiva». En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que es un reconocimiento meramente declarativo pues se trata de un derecho directa e inmediatamente aplicable en virtud del art. 24 de la C.E., considerado como uno de los «derechos inherentes a la condición humana» (STCo. 99/1985). De ello cabe extraer, como más arriba se recordaba, la consecuencia de que este derecho corresponde por igual a españoles y extranjeros y que su regulación ha de ser igual —en el sentido constitucional del principio de igualdad— para ambos, máxime a la luz de las normas imperantes en el Derecho Internacional Convencional (STS, Sala 30, 12.11.1992). Mas aun: respecto de este colectivo adquiere especial sentido la aplicación en los términos flexibles y expansivos derivados de la clásica doctrina constitucional antiformalista (STS 24.6.1994, que remite a SSTCo. 132/1992, 28.9; STS 8.7.1994).

- b) La extensión de garantías generales previstas en los procedimientos administrativos de carácter general a los procedimientos administrativos en materia de extranjería no tiene más trascendencia que la elevación a rango de L.O. de una previsión ya realizada en una norma reglamentaria como el RD 155/1996 (D.A.10), así como la incorporación de garantías directamente derivadas de imperativos constitucionales y cuya vigencia en modo alguno puede discutirse (vg. publicidad de las normas) (SSTS 13.6.1991; 24.9.1991; 1.10.1992; 12. 11. 1992). No obstante, con respecto a la regulación originaria contiene una reforma de importancia, por cuanto establece una excepción a esta proyección de las garantías comunes a los procedimientos especiales de extranjería: el art. 27, relativo a la expedición de visado.

Con ello se persigue una mayor discrecionalidad por parte de la Autoridad española para organizar y desarrollar esta potestad de otorgamiento o denegación de visados conforme a los fines de política exterior, u otras razones de estricta oportunidad política, fijada por España y la Unión Europea en cada momento.

Pese a todo, y sin perjuicio de remitir al oportuno comentario de este precepto, creemos que no por ello estos actos administrativos serán privados de control judicial, máxime si se atiende a la actual tendencia de política judicial del derecho de someter a revisión de fondo de todas las potestades discrecionales del Gobierno. El sistema de fuentes, nacionales e internacionales, determinará que esta excepción tenga efectivas consecuencias materiales respecto a un estricto control judicial de la legalidad de esta potestad, sin perjuicio de reconocer un amplio margen de actuación al principio de oportunidad política, claro está, siempre que no suponga arbitrariedad en su ejercicio (art. 9.1 C.E.).

En una dirección análoga debe entenderse el contenido y la reforma del nuevo art. 21 —antiguo art. 19—. Así, mantiene en lo sustancial el contenido del mismo. A parte de conservar el reconocimiento del *derecho al recurso contra los actos administrativos* dictados en materia de extranjería, coherente con el reconocimiento incondicionado del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 C.E., conserva igualmente una excepción para la extensión del régimen jurídico previsto, con carácter general en la Ley 30/1992, respecto del privilegio o prerrogativa de ejecutividad inmediata de los actos administrativos, una de cuyas garantías para el ciudadano más relevantes es la posibilidad de solicitar la suspensión del mismo, prohibida en materia de extranjería en el art. 34 L.O. 7/1985, pero declarado inconstitucional (STCo 115/1987).

Nos referimos a la «tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente» cuyas características justificaría, a juicio del legislador, un régimen especial de ejecutividad basado en la inmediatez o sumariedad máximas. Esta idea aparece gráficamente expresada en la versión originaria al referirse a «expulsiones de urgencia», si bien adolece de una grave deficiencia técnica, por cuanto ese concepto no aparece como tal recogido en la Ley. La versión reformada suprime esta denominación y aclara la cuestión, por cuanto remite a los expedientes de expulsión que deben tramitarse de forma preferente, esto es, los recogidos en el art. 63 LO 4/2000, versión reformada: letras a) y b) del apartado 1 del ar. 54 (infracciones muy graves); letras a), d) y f) art. 53 (infracciones graves).

- c) reconocimiento de una acción colectiva en favor de los intereses de los inmigrantes: al objeto de prevenir la generación de eventuales conflictos de intereses que pueden producirse, en el desarrollo de procedimientos en materia de extranjería, entre las asociaciones «representativas» constituidas para la defensa de los intereses de los inmigrantes y éstos, la versión reformada establece dos cambios respecto de la versión originaria:
 - la necesidad de designación expresa por los inmigrantes afectados individualmente en procedimientos administrativos, de cualquier tipo, de aquellas organizaciones legalmente constituidas en España para la defensa de sus intereses, cuya intervención será en concepto de sujetos interesados.

- remite para las condiciones de ejercicio de una regla especial de legitimación colectiva, en materia de procesos contencioso-administrativos relativos a la extranjería, a lo dispuesto en el art. 19.1 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto sujetos «afectados». Debe tratarse pues de cuestiones litigiosas que presenten un interés que vaya más allá del particular del extranjero y/o inmigrante implicado, y se sitúa en la línea de reconocimiento del protagonismo de la acción colectiva para la defensa efectiva de intereses de grupos específicos de ciudadanos, en particular si se trata de grupos o colectivos socialmente minoritarios, y concreta el art. 7 LOPJ.
- d) derecho a la prestación social de asistencia jurídica gratuita. El antiguo art. 20 recogía dos significativas novedades de las cuales, el nuevo artículo 22, tan sólo recoge una de ellas.

En efecto, además de extender a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en España, el derecho a asistencia letrada de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español (vid. SsTCo. 92/1996; 39/1997; 203/1997; 25.11; STS 1.6.1993), así como en todos los procedimientos en materia de asilo, el apartado segundo reconocía el derecho o beneficio de asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros residentes y a los inscritos en el padrón municipal en el que residan habitualmente. Pues bien, mientras que el primer apartado del nuevo art. 22 mantiene el derecho a la asistencia letrada de oficio, si bien recoge expresamente el condicionante de acreditar la insuficiencia de recursos económicos, el segundo apartado limita el reconocimiento de la prestación social de asistencia jurídica gratuita tan sólo a los residentes, entendemos que legales.

Ya en la primera versión la definición del ámbito subjetivo planteaba problemas de ajuste constitucional, al condicionar el disfrute del derecho a un requisito formal, el empadronamiento, por más que éste se entienda como una situación flexible y fáctica, aunque es claro que amplía notabilísimamente la previsión, inconstitucional sin duda, de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que lo limitaba a los residentes legales. Ahora bien, lo manifiesto es que la nueva versión adolece de un vicio de inconstitucionalidad: es contrario a la garantía de efectividad que inspira el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial. En esta dirección se ha movido la importante STCo. 95/2003 que ha catalogado el derecho a la asistencia jurídica gratuita como un derecho social fundamental derivado del art. 24 CE, por lo que declara inconstitucional la regulación restrictiva de la Ley 1/1996

En este sentido, debe recordarse que la obligación del Estado de proporcionar en ciertos casos una asistencia jurídica gratuita es una exigencia del derecho humano a la defensa «de manera adecuada» (Sent. TJDH, 13.5.1980, Caso Ártico, en relación al

art. 6.3 c y 14.3 d, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del PIDC, respectivamente). Una exigencia que sirve igualmente de fundamento al derecho a ser asistido por un intérprete, esto es, en una lengua que comprenda, reconocido por el TC como garantía de efectividad del derecho a la defensa adecuada, «so pena de considerarlo un derecho vacío o meramente formal» —vg. exigencia de una comunicación interpersonal inteligible y fluida—. (STCo. 71/1988; una posición restrictiva respecto de este último derecho STSJ Madrid, Sección 10, 14.4.1998).

Una importante novedad, más en el plano de la política legislativa que en el terreno estrictamente técnico, es el Capítulo IV, dedicado a las «medidas antidiscriminatorias», que aparece inmodificado en lo sustancial tras la versión reformada de la LO 4/2000. Responde a una exigencia derivada de diversas normas internacionales vinculantes para España, así como de diferentes instrumentos comunitarios. Debe valorarse positivamente esta legislativa de una política de lucha antidiscriminatoria por razón de nacionalidad y/o raza en la medida en que supone el compromiso de erradicar prácticas ampliamente extendidas en el mercado de trabajo y, cada vez más, en otros sectores de la vida social, donde aparecen brotes preocupantes de racismo y xenofobia.

Aunque la nueva redacción no altera sustancialmente la regulación precedente, que se mantiene casi en los mismos términos que en la versión originaria, con lo que ello supone de perpetuación de muchas, incomprensibles y graves deficiencias técnicas, con los consiguientes problemas de ejecución práctica, conviene llamar la atención sobre la mejora que supone la nueva redacción dada al art. 23.2 e), anterior art. 21.2 e), en la medida que expresa un principio radical de prohibición de cualesquiera discriminación indirecta. Así, se suprime tanto la referencia al carácter «injustificado» del eventual perjuicio a los trabajadores extranjeros, así como la delimitación de esta prohibición tan sólo a los requisitos esenciales para el desarrollo de la actividad laboral:

- e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los por su condición de extranjeros o por pertenencia a un determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

A la dimensión constitucional de estos derechos y libertades de los trabajadores extranjeros, la E.M., parecía contraponer la dimensión comunitaria de la política inmigratoria, de modo, que la generosidad constitucional debía tener un límite en los compromisos comunitarios. Sin embargo, como pusimos de relieve, esta pretendida contraposición o conflicto no existe en realidad, por cuanto, según se refirió igualmente, una de las claves actuales de la comunitarización de la política inmigratoria es justamente la de apostar por el pilar de los derechos humanos y la libertad de circulación. Entre las ideas-fuerza o líneas maestras de la Cumbre de Tampere, al día de hoy poco desarrollada, destaca la garantía de un trato justo a los nacionales de terceros países que «residan legalmente» en el territorio de los Estados miembros, con lo que se afirma un principio radical de igualdad y no discriminación.

En este sentido, la propia EM reconoce que una «política de integración» debe basarse en la igualdad de derechos, por lo que «debe encaminarse a conceder a los residentes derechos parangonables o equiparables a los ciudadanos de la Unión» (art. 3.1 LO) . A tal fin, entre las garantías de efectividad de este derecho a la igualdad de trato jurídico nacional estarían, junto a los programas prestacionales en el ámbito de los derechos sociales, que aparecen en ocasiones referidos de forma genérica, se encontraría la política de fomento de la lucha antidiscriminatoria, promoviendo el desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia en lo social y cultural, la desigualdad de trato en lo laboral, la falta de oportunidades en lo económico... (punto 11 Conclusiones de Tampere).

V. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social

1. Caracterización general y estructura normativa del precepto

Privado en todo caso de carácter orgánico, este precepto ha experimentado algunos cambios de redacción cuyo alcance específico no es en modo unívoco y, sin duda, se prestará a diversas polémicas doctrinales y, probablemente, judiciales. A nuestro juicio, por las razones que aportaremos en este comentario, la regulación actual mantiene en lo sustancial el régimen previsto por la versión originaria de la L.O. 4/2000 que, a su vez y pese a alguna apariencia en contrario de tipo formal, conserva el modelo, hoy ciertamente criticable y exigido de revisión, propio de la L.O.Ex/1985. La reforma en este ámbito asume, por tanto, en nuestra opinión, el sentido de una mejora técnica y presenta un valor eminentemente aclaratorio, aunque ninguno de estos objetivos haya sido suficientemente alcanzado, en particular respecto del derecho a la Seguridad Social, respecto al cual, reiterado con formulaciones más equívocas en el art. 14 de esta Ley, la confusión es plena.

En este sentido, si el primer apartado no presenta excesivas singularidades respecto al ordenamiento vigente antes de la Ley 4/2000, por cuanto el derecho a un empleo, ya sea por cuenta propia ya por cuenta ajena, y el derecho a la Seguridad Social, se reconocen en los mismos términos preferenciales para los nacionales comunitarios que con anterioridad, el segundo apartado sí contiene una novedad del máximo interés. En efecto, al margen de reconocer la posibilidad de sostener en vía interpretativa este derecho de acceso al empleo público por medio de un contrato de trabajo para los extranjeros de conformidad con la legislación precedente (art. 15 c) Ley 30/1984), creemos que hay que convenir que las prácticas restrictivas y discriminatorias difundidas en múltiples sectores difuminaban cuando no «vanificaban» este derecho. Por eso no debe regatearse a esta regla el valor de ser la primera que de forma general e inequívoca reconoce un derecho a acceder al empleo público, si bien sólo como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles —y nacionales sujetos al régimen comunitario—.

El contenido normativo de este precepto se estructura en torno a los siguientes derechos de los extranjeros en situación de regularidad, esto es, de estancia o residencia legal, sea temporal sea permanente:

1.º Derecho a acceder a un empleo o actividad remunerada, ya sea por cuenta propia, esto es mediante una relación de servicios formalizada a través de las diferentes modalidades de contratación civil o mercantil, ya por cuenta ajena, esto es, mediante la conclusión de un contrato de trabajo. Ahora bien, esta relación de empleo por cuenta ajena y subordinada podrá establecerse, a su vez, bien

- Por Contrato de Trabajo para ocupar un Empleo Privado.
- Por Contrato de Trabajo para ocupar un Empleo Público;

2.º Derecho a acceder al sistema de la Seguridad Social, «de conformidad con la legislación vigente».

2. El derecho al trabajo de los extranjeros (art. 10.1 LO 4/2000)

2.1. *El derecho a acceder a un empleo privado y a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena*

A la vista de la complejidad de la regulación actual —sometida a importante proceso de reinterpretación judicial (ej. STSJ Cantabria 7.2.2003; País Vasco, 7.2.2003...— conviene establecer algunas diferenciaciones que permitan comprenderla más fácilmente. Así,

1.º Condiciones de Acceso a un Empleo Privado

Aquí es oportuno diferenciar los siguientes regímenes:

Régimen General de extranjería: Principio de Preferencia en favor del trabajador nacional —comunitario y extranjero residente legal—, con la consiguiente exigencia de una técnica de intervención administrativa para ordenar el acceso al mercado nacional de trabajo —vg. permiso de trabajo—.

No existiría en esta situación, al menos según el modelo tradicional, un derecho a acceder en igualdad de condiciones al empleo.

Régimen Especial Comunitario: Principio de Igualdad de Trato y Libertad de Circulación de Trabajadores, por lo que se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad (STCo. 24/1996, 13.2). De este derecho a acceder en igualdad de condiciones al empleo se beneficiarían no sólo los ciudadanos comunitarios, sino también aquellos a los que, **sin serlo, les sea** de aplicación el mismo régimen de libertad de circulación —ej. nacionales del Espacio Económico Europeo; Acuerdos de Asociación que prevean la libertad de circulación, como en el caso de Turquía—.

Régimen Especial de los mal denominados «Comunitarios B», esto es, de aquellos nacionales de terceros países que, aún siéndoles de aplicación el Régimen General, relativo a las autorizaciones de residencia y empleo, se benefician del principio de igualdad de trato propio del Derecho Comunitario, en virtud de la firma de un Convenio de Asociación con la Unión².

2.º Condiciones de Trabajo una vez contratados: Principio de Igualdad de Trato, sin posibilidad de establecer discriminación alguna por razón de la nacionalidad (art. 14 CE; art. 17 LET; arts. 3 y 23 LO 4/2000; Convenios OIT n.97 y n.111, y especial n.143, si bien este último todavía no

A la luz de este cuadro normativo se aprecia cómo la tradición reguladora en esta materia ha prescindido de un derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, por cuanta propia o ajena, respecto de los extranjeros a los que se aplica el régimen general. Aunque el TC no ha sido ni excesivamente activo ni demasiado generoso a la hora de definir el estatuto constitucional del trabajador extranjero, en particular respecto del derecho a acceder en igualdad de condiciones al mercado de trabajo, sí les ha aplicado su construcción general relativa a los derechos constitucionalmente reconocidos pero legalmente configurados en su ejercicio.

Entre estos derechos se encuentra, por mor del art. 35 C.E., el derecho al trabajo —aunque el art. 35 se predica tan sólo de los trabajadores por cuenta ajena (STCo. 208/1999), es tradicional la regulación conjunta del trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, en línea con lo que sucede en el Derecho Comunitario de Empleo—, reconocido expresamente sólo a los españoles pero que en modo alguno impide su extensión a los extranjeros, sea en virtud del Derecho Comunitario (art. 93 C.E.) sea en atención al Derecho Internacional (art. 10. 2 y 9 6 C. E.) . Consecuentemente, como ya se vió con carácter general, el reconocimiento al legislador de la posibilidad de establecer diferencias en

² Para algunos de estos Convenios vid. Acuerdo de Asociación con Turquía JO 29.12.1964, Protocolo adicional de 1970 —40 29.12.1972, decisión 1/80; Acuerdo europeo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la práctica totalidad de los Países del Este de Europa, por otro, tales como el concluido con la República de Polonia —JO 1348, 31.12.1993, BOE 4.5.1994—; la República Eslovaca —JO L 349, 31.12.1993, BOE 2.8.1995; Rumania, BOE 14.1.1997; Bulgaria —BOE 14.1.1997—. Sobre la interpretación del TJCE vid. Ss. 31.1.1991, Caso Bahía Kiber v. Office national de l'emploi —REc. 1991-1, págs. 1353 y sgs; 20.4.1994, Caso Zoubir Yousfi v. Etat belge —Rec. págs. 1-1353 y sgs—; 3.10.1996, Caso A. Hallouzi—Choho v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank —Rec. págs. 1-4807 y sgs—, en las que se confirma la aplicabilidad directa de las normas contenidas en el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos en materia de no discriminación en las condiciones de remuneración y empleo, así como en la seguridad social, hecho el 27.4.1976. En este mismo sentido, vid. SsTJCE 5.4.1995, caso Zaukika Krid, Rec. págs. 1-719 y sgs; 15.1.1998, Caso Babahenni c. Etat Belge —Rec. págs. 1-183 y sgs—, respecto al de Argelia. También SsTJCE 16.12.1992, caso Kazim Kus, Rec. 1-6781 y sgs; 5.10.1994, Caso Hayriye Eroglu (Comentario C. Muñoz. Gaceta Jurídica de la CE. n.º 123, 1997; 6.6.1995, Caso Bozkurt, 10.9.1996, Caso Z. Taflan-Met y otros —Rec. págs. 1-4085 y sgs—.

el ámbito del ejercicio, incluso en el de la titularidad, respecto de estos derechos, uno fundamentalmente de libertad y otro preeminentemente prestacional, no permitiría desconocer su dimensión constitucional (STCo. 107/1984).

El respeto de las condiciones legalmente establecidas determinará, por tanto, la consideración de los extranjeros como portadores de todos y cada uno de los derechos proclamados en la C.E., si bien en los términos legalmente exigidos, aunque esta libertad no podrá ser ni mucho menos absoluta o incondicionada, en virtud de la garantía del contenido esencial de tales derechos. Pese a la desafortunada redacción literal del art. 10.1 LOExIS no cabe más limitaciones que las legales.

La plena comunitarización de la política inmigratoria incidirá, conviene tenerlo bien presente, profundamente en el ejercicio de estos derechos básicos de los trabajadores extranjeros, en **particular por el reforzamiento** de las libertades de circulación y prohibición de discriminación por razones de nacionalidad, predicables una vez superado el período transitorio —5 años desde su entrada en vigor— fijado en el Tratado de Amsterdam a los nacionales de terceros países. En la misma dirección igualitarista se situaría la eventual ratificación del nuevo Convenio de la OIT sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, el n.143 (1975), así como del Convenio sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, de ONU (1990), por el momento pendiente (En la misma dirección, Directivas 43 y 116/2000).

A la luz de este renovado marco de Derecho Internacional, el reconocimiento de las libertades y la aplicación de los principios de no discriminación juegan, pues, un papel cada vez más relevante en la ordenación del régimen jurídico de las relaciones de trabajo del extranjero contratado en España para prestar sus servicios en nuestro país. En este sentido, si la C.E. modula de forma creciente la ordenación del estricto régimen de control administrativo establecido por las sucesivas leyes de extranjería e inmigración, como clásicos y determinantes instrumentos de la política de empleo y de protección del mercado de trabajo nacionales, la legislación infraconstitucional ha ido progresivamente atemperando el principio de preferencia en el acceso al empleo. Así lo probaría, entre otros datos, la configuración del mercado de trabajo nacional, a los efectos de concesión de permisos de trabajo, también en relación a los extranjeros que residen legalmente en nuestro país, y no sólo los nacionales y comunitarios [(art. 76, I.1 b) RD 155/1996, de ejecución LOEx/85, vigente hasta que no se ha sustituido por uno nuevo y en lo no incompatible con la nueva regulación legal; Acuerdo del Consejo de Ministros, 23.12.1998 —BOE 16.1.1999—, desarrollado por la Resolución 11.1.1999); también la reducción de la discrecionalidad administrativa por obra judicial vid. SSTs 7.7.1990, ar.5815; 3.2.1998].

Precisamente, en este contexto evolutivo hacia la proyección efectiva del principio de no discriminación en el trabajo, entendido incluso en la fase previa

de acceso al empleo, según una interpretación razonable del art. 17 LET respecto al art. 14 C.E., la reforma operada por la L.O. 4/2000 se habría considerado por ciertos analistas como la lógica y coherente culminación de este proceso expansivo. Por lo tanto, con la nueva redacción del art. 10 de esta Ley habría que entender consumada una radical modificación del modelo regulador precedente, en particular en el art. 7 c) LET en relación a la LOEx/1985. De esta manera, la versión reformada de la L.O. 4/2000, debería interpretarse no como un mero cambio técnico, limitado a mejorar o aclarar la anterior redacción, sino como una auténtica contrarreforma, orientada a restaurar el régimen anterior, ciertamente restrictivo y hoy de difícil justificación socio-económica y normativa.

Como es sabido, en virtud del todavía vigente art. 7 c) de la LET, que remite a la normativa específica en materia de extranjería, se fijaba una importante restricción a la «capacidad del trabajador extranjero» por razones de orden público económico de protección, según una cláusula de reserva o salvaguarda de soberanía estatal en favor del empleo de sus nacionales. Se limita con ello la «libertad de competencia» y de la igualdad de oportunidades de los sujetos económicos que concurren, o pueden concurrir, en la búsqueda y realización de una determinada actividad remunerada en el interior del territorio nacional, con el consiguiente efecto proteccionista de la empleabilidad de los españoles respecto de los extranjeros provenientes de terceros países. No se trata, por tanto, con esta norma de proteger un interés de la persona, según el objetivo típico de las normas en materia de capacidad jurídica recogidas en el Código Civil y, en el ámbito laboral, en los arts. 6 y 7 LET, sino de garantizar una preferencia en el acceso al empleo en favor de los nacionales.

De la regulación dada por la L.O. 7/1985, se evidenciaba que en nuestro país el permiso de trabajo —junto con el permiso de residencia— se entendían no sólo como instrumentos de control administrativo de los flujos migratorios en nuestro mercado de trabajo, sino también, como presupuestos o condiciones *sine qua non* para la realización de una actividad remunerada. De ahí que la no posesión del permiso de trabajo, bien en el momento inicial bien en un momento posterior, como consecuencia de su falta de renovación o caducidad, se entendiera no sólo como causa de nulidad del contrato de trabajo vigente, y por tanto de la propia afiliación realizada a la Seguridad Social (art. 16 LO.Ex/85), en cuanto contrario a una prohibición legal expresa (STS ud 2068/1996; 30.10.1995), sino como causa de expulsión, con el consiguiente desconocimiento de los efectos del derecho fundamental a la libertad de circulación, cuyo presupuesto no es la posesión de permiso de trabajo válido sino residencia legal.

Precisamente, la nueva regulación habría pretendido modificar, en su regulación originaria, de forma sustancial esa concepción del permiso de trabajo (a favor G.ESTEBAN, 2000, p.99; contra J.L. SÁNCHEZ. «La nueva Ley de Extranjería: derechos sociales y laborales para todos los inmigrantes». Gaceta Sindical. 2000),

con lo que se profundizaría un proceso ya iniciado en el art. 76 Reglamento 155/1996. A tenor de este precepto, pese a estar dictado en ejecución de la LO.Ex./1985, el presupuesto realmente determinante para acceder a un empleo es el permiso de residencia y no el permiso de trabajo, por lo tanto, sólo aquél y no éste podría considerarse presupuesto para ejercer su derecho al trabajo. La nueva L.O. no haría sino ratificar y consolidar esta nueva concepción, en virtud de la cual no es más que un instrumento de control externo de la composición del mercado de trabajo español, un requisito formal sin implicaciones realmente sustanciales.

En apoyo de esta tesis interpretativa se esgrimen los siguientes argumentos. A saber:

- art. 29.21 in fine L.O. 4/2000, versión originaria: la situación de residencia temporal se concederá al extranjero que «tenga una oferta de contrato de trabajo a través de procedimiento reglamentariamente reconocido». Sería, pues., la existencia de una oferta de empleo lo que otorga derecho a un permiso de residencia temporal, por lo que con ello cubre el presupuesto legal, y no la formalización de ese derecho a través de un permiso de trabajo. Este supuesto, sin embargo, ha desaparecido con la versión reformada y, por tanto, hoy vigente (art. 31,2).
- art. 30 LO. 4/2000: la residencia permanente «es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles». Por su parte, el art. 39.2, letra e) excepciona la necesidad de obtener permiso de trabajo a «los extranjeros con autorización de residencia permanente». Esta regulación sí se ha mantenido inalterada con la reforma, si bien cambian de numeración (art. 32.1, y art. 41.3, respectivamente)
- art. 33.31 L.O.4/2000, versión originaria: la carencia de autorización por parte del empresario para contratar extranjeros que, a su vez carecen de permiso de trabajo, no tendrá efectos invalidantes. Esta redacción también se mantiene en el actual art. 36.3 LO 4/2000, versión reformada, lo que podría suponer, paradójicamente como señalaba en el debate parlamentario una diputada socialista, la consolidación de una forma alternativa para incorporar al mercado de trabajo extranjeros carentes de permisos de trabajo conforme al régimen general, habilitando una suerte de «permiso especial» cuya duración se vería vinculada a la duración del contrato (ELISEO AJA et altri, 2000).
- suavización del régimen sancionador respecto del empleador y rechazo de la expulsión como sanción adecuada para la carencia de permiso de trabajo. Esta nueva concepción del **permiso de trabajo, que lo limita o restringe** a instrumento de control administrativo de carácter formal, y no presupuesto de la actividad, encontraría indirectamente confirmación, bajo la anterior versión, con la transformación del sentido del régimen sancionador. Por cuanto la respuesta frente a la irregularidad en estos

casos deja de conducirse, según el precedente modelo policial, por la vía de la expulsión para canalizarse, desde el paradigma de la integración, por los caminos de la regularización.

De este modo, con la nueva regulación será la conclusión del contrato de trabajo, que presupone el permiso de residencia, el que genera para el trabajador extranjero los diferentes derechos y deberes recogidos en los arts.4 y 5 LET: con carácter básico, entre otros, los de trabajo y libre elección de profesión u oficio, libre sindicación y huelga; en la relación de trabajo, no discriminación para el empleo; una adecuada política de seguridad e higiene; percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida; ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo. Citamos estos derechos no sólo a título de ejemplo, aunque la lista no es exhaustiva, sino también y sobre todo por las importantes consecuencias que pueden derivarse a tenor de la nueva regulación restrictiva de algunos de estos derechos. Precisamente, la eliminación de algunos de los argumentos arriba señalados con la versión reformada, si bien otros se mantienen inalterados, como sucedía con el texto aprobado por el Senado de la Proposición de Ley Orgánica en materia (BOCG, 22.12.1999), y la inclusión de preceptos que parecen querer reintroducir la regulación tradicional, arrojan mayor incertidumbre **sobre la viabilidad de esta tesis** renovadora, si bien no la desacredita completamente. La regulación reglamentaria parece dificultar mucho esta relectura y apunta una regresión.

Por tanto, todavía puede entenderse sostenible que, con independencia de la regularidad de la situación del extranjero, la acreditación de estar realizando una actividad laboral ya genera el derecho a acceder a todos y cada uno de los derechos reconocidos en el ET —así como a acceder a las prestaciones de Seguridad Social—. Nos encontraríamos ante una nueva hipótesis de «relación laboral de hecho» relevante en sí misma para el derecho, a tenor del art. 36.3, sin perjuicio de la consideración del contrato como nulo, por cuanto la L.O. 4/2000, en particular la versión reformada, no sólo no elimina sino que refuerza el carácter prohibitivo de la normativa de extranjería en materia laboral —y de Seguridad Social—, aunque la prohibición no es absoluta (STS 21.12.1994). En este sentido, la expresión utilizada en el art. 10.1 LO 4/2000, versión reformada, no puede agotarse en una pura «paráfrasis eufemística» de la Ley para evitar el concepto de residente legal que, sin embargo, utiliza profusamente en otros preceptos tras la reforma.

En la delimitación del derecho al trabajo habrá de atenderse también a las limitaciones para el trabajo previstas en relación a los menores, lo que no deja de tener significativa importancia a la vista del elevado número de inmigrantes menores de edad que cruzan nuestras fronteras para encontrar un empleo, a cuyo objetivo sacrifican cualquier otro elemento de integración propio de su edad como la educación o formación. En este sentido, cabe destacar una regla general prohibitiva que, paradójicamente, en cuanto tal debe interpretarse de forma restrictiva, en

particular de conformidad con la nueva tendencia individualista recogida en la Ley de protección del menor (art. 2. in fine LO 1/1996, 15.1) y diversas excepciones permisivas que, en cambio, deben interpretarse en sentido flexible y amplio cuando esté en juego «el interés superior de los menores», que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 39 CAE. en relación LO 1/1996 y Carta Europea de los Derechos del Niño —1992—).

En este sentido, la regla general se concreta en una prohibición absoluta de acceso «al trabajo» para los menores de 16 años recogida en el art. 6.1 LET, tradicionalmente considerada como norma de orden público indisponible por la autonomía de la voluntad. Debe recordarse que esta edad mínima contrasta con lo dispuesto en compromisos normativos de carácter internacional vinculantes para España, que sitúan la edad de trabajar en 15 años con carácter general, lo que se acompaña con un régimen flexible de excepciones (art. 2.2 n.138 Convenio OIT). Es una norma limitativa de la capacidad de obrar del menor (vg. problema de consentimiento válido) más que una prohibición legal de trabajo que afecta a la licitud del contrato (vg. problema de licitud del objeto). En el ámbito comunitario destaca la ordenación aportada por la Directiva 94/33/CE, cuyos arts.3 a) y 4.1, sin perjuicio de aceptar el principio de norma más favorable, toman como punto de referencia un umbral menor al establecido en el ordenamiento español.

Naturalmente, una aplicación diferenciada de esta regla prohibitiva en atención no ya a la nacionalidad sino a la cultura, costumbres o tradiciones del país de origen plantearía graves problemas de legalidad por afectar, como hemos dicho al orden público socio-laboral español, por más que contraste con una tendencia creciente a ampliar el papel de los menores en el gobierno y autodeterminación de sus intereses. Una tendencia *pro cives* no sólo presente en el ámbito internacional —vg. orden público internacional— sino en el propio ámbito interno. Consecuentemente, cabría pensar en una aplicación especialmente flexible de estas normas bajo determinadas condiciones, ciertamente aplicables con carácter general a todos los trabajadores menores independientemente de su nacionalidad, pero que quizás podrían encontrar más seguimiento en determinados colectivos de inmigrantes. El fundamento legal se encontraría en las cláusulas generales del Convenio n.138 OIT, con el límite insalvable del principio protector y del interés superior del menor en cada caso concreto.

En esta dirección flexibilizadora conviene recordar que esta regla general prohibitiva cuenta con diversas las excepciones, tales como:

- una excepción prevista en el Código Civil: mayor de 14 años y menor de 16 emancipado por razón de matrimonio, en cuanto esta situación personal produce la emancipación jurídica (art. 316 C.c.), siempre que se realice con dispensa judicial (art. 48 C.c.). Pese a no contemplarse expresamente en el ET y no ajustarse a la edad mínima de 15 años prevista en Derecho Internacional se ha entendido que no por ello ilegal, en cuanto

que tal tacha puede entenderse superable en atención a la «textura abierta del Convenio n.138, plagado de excepciones y cláusulas generales» (S. OLARTE, 1998, p.161).

- una limitación a la capacidad de obrar por razón de edad: menores de 18 años pero mayores de 16, edad mínima exigida para trabajar, siempre que, no emancipados formalmente vivan de modo independiente, con el consentimiento de los padres o tutores, autorización de la persona o institución que tenga a su cargo, (art. 7 b) LET)
- autorización especial prevista para la participación de menores en espectáculos propios (art. 6.4 LET; art. 2 RD 1435/1985, 1.8).

La regulación de las relaciones especiales de trabajo plantea algunas cuestiones de interés. En este sentido, en primer lugar, si bien es cierto que la contratación de trabajadores extranjeros sólo está prevista para algunas de ellas de forma expresa, no menos cierto es que, a la luz del alcance general del art. 10 LO 4/2000, en ambas versiones, originaria y reformada, tal posibilidad debe preverse en todas ellas en condiciones de igualdad a los trabajadores españoles. Particular interés reviste, no obstante, en segundo lugar, el examen de algunas particularidades presentes en la actual regulación de ciertas relaciones laborales especiales.

Así, respecto de la relación de deportistas profesionales (RD 106/1985, 26.6), aparecen limitaciones específicas en lo referente a la participación de los extranjeros en competiciones oficiales (art. 2). En este marco normativo y sector profesional de especial interés resulta referir, si bien sucintamente, al problema suscitado por los denominados «comunitarios B», es decir, nacionales de terceros Estados que, como se señaló más arriba, tienen suscrito un Convenio de Asociación —o Cooperación—, en virtud del cual se prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad. A este respecto, en virtud de la inclusión de las condiciones de empleo en el concepto más amplio de condiciones de trabajo, con la consiguiente difuminación de la clásica distinción arriba recordada, la más reciente doctrina judicial de los Juzgados de lo Social viene considerando, de forma unánime, que tales deportistas profesionales tienen derecho a que se les otorgue licencia como deportista comunitario, no como extranjero, una vez que han recibido permiso de residencia y de trabajo (vid. SsJS Madrid, 23.11.2000, Autos 561, Caso Karpin; Pamplona-Navarra, 13.11.12000, Caso Malaja, entre otras, según una dirección recientemente confirmada por el TJUE).

La relación especial de artistas (RD 1435/1985, 1.8) —art. 2.2—, como también la relación especial de empleo al servicio del hogar familiar (1424/1985, 1.8) —art. 3—, contienen una análoga cláusula de remisión normativa, asimismo intitulada erróneamente en todos los casos como relativo a la «capacidad para contratar por razón de la nacionalidad», a lo dispuesto a la legislación vigente para los trabajadores extranjeros. A este respecto, debe recordarse que uno de los colectivos más «beneficiados» por la técnica de cupos o contingentes es el de las mujeres inmi-

grantes, en cuanto son las que vienen ocupando la mayor parte del porcentaje, ciertamente elevado en relación al total, reservado a las ocupaciones en el sector servicios, a su vez inclinados claramente a este tipo de relación de empleo «servil». A la precariedad que normalmente se encuentra en este tipo de relaciones laborales, incluso de nacionalidad española, hay que sumar la derivada de la condición de inmigrante, lo que multiplica la discriminación, marginalidad y discriminación de estos colectivos de trabajadores, cuya «utilidad social» es más que evidente, al facilitar el propio acceso de ciertas mujeres españolas al mercado de trabajo.

Una autorización específica para el trabajo de los extranjeros puede encontrarse en el artículo 13 de la L.O. 5/1984, reguladora del derecho de asilo. Del mismo modo, especialmente reseñable resulta en la actualidad, dado el incremento de la movilidad transnacional de personas, no sólo en el ámbito europeo, la relación de servicios «a la par» o empleo *au pair* de jóvenes extranjeros, excluida de la relación laboral especial con carácter de presunción *iuris tantum* (art. 2.2, párrafo segundo). La regulación se contiene en el Acuerdo Europeo específico del 24.11.1969, del Consejo de Europa —instrumento de ratificación 24.6.1988—, y caracteriza esta regulación por la articulación de una relación compleja en la que se combina la prestación de servicios en el hogar con el deber, por parte de la familia de acogida, de facilitar el aprendizaje de la lengua del país de empleo o destino.

En este mismo ámbito de movilidad de personas, pero ahora no «estudiantes», sino trabajadores en sentido estricto, especial mención merece la ordenación de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. Esta nueva modalidad de circulación de trabajadores, incluíble en el marco de la libertad de circulación del actual art. 39 TCE/1999, no obstante la polémica doctrinal, ha sido regulada, al menos parcialmente, por la Ley 45/1999, 29.11, que transpone la conocida Directiva 96/71/CE. La D.A.50 de esta Ley dispone la no afectación de esta normativa a la regulación prevista con carácter general para la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, por lo que será de aplicación este régimen de autorizaciones administrativas (SsTJCE 17.12.1981, Caso Webb; 3.2.1982; Caso Seco y Desquenne; 27.3.1990, Caso Rush Portuguesa; 23.11.1999, Caso *Ministere Public v. Arblade y Leloup*; G. Esteban, C. Molina, 2002).

Ahora bien, aunque en el caso del desplazamiento por empresas comunitarias de trabajadores procedentes de terceros países no está afectada la libertad de circulación, son cada vez más numerosos los pronunciamientos y acciones de las instituciones comunitarias en los que se admite la necesidad de proteger las condiciones de trabajo de estos trabajadores (vid. Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión relativa al Plan de Acción para la libre circulación de los trabajadores, de 28.5.1998; STJCE 17.3.1993), en línea con la comunitarización de la política inmigratoria en general. Lo que explica la propia ampliación del ámbito subjetivo de la Directiva 96/71, por tanto de la Ley

45/1999, a estos trabajadores, si bien en lo relativo al derecho aplicable, a pesar de no ser titulares de la libre circulación de trabajadores y, por tanto, no estar protegidos por el principio de tratamiento jurídico nacional en lo relativo al acceso al mercado de trabajo de los Estados miembros (vid. Considerando 91 Propuesta de Reglamento CE del Consejo, por el que se modifica el Reglamento 71/1408/CE, presentada por la Comisión el 10.12.1997).

Más aún. Como es evidente que la diferencia de regulaciones hoy existente entre los Estados miembros respecto al acceso al mercado nacional por parte de extranjeros, visto el estado embrionario de la comunitarización de la política de extranjería e inmigración, puede ser un obstáculo o una restricción a la libertad de prestación de servicios, está en tramitación una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los desplazamientos de los trabajadores nacionales de un tercer Estado en el marco de una prestación transnacional. Esta norma proyectada pretende eliminar los obstáculos que se derivan de la propia existencia de regímenes de visado, permisos de estancia o residencia y de trabajo, que con frecuencia obligan al empresario a renunciar a la prestación prevista o a sufrir retrasos perjudiciales, constituyendo una duplicación de los controles que efectúan los Estados «a posteriori» y de los controles del país de establecimiento (vid. doctrina de la «doble carga»). A tal fin, se delimita un sistema comunitario uniforme de autorización y control sobre la regularidad de la situación de un trabajador procedente de un tercer Estado en la Unión Europea.

Finalmente, conviene recordar que el ejercicio de actividades laborales requiere que el trabajador se halle en posesión de una determinada cualificación profesional, si se ha obtenido en otro Estado será preciso que se cumplan determinados requisitos. No obstante, en el ámbito general el problema es menor dada la naturaleza de las actividades «reservadas» o permitidas a los extranjeros a través de los contingentes, que no requieren por lo común específicas cualificaciones, sino que suele tratarse de puestos de escasa cualificación, lo que explicaría el que no sean cubiertos por los nacionales.

2.2. El derecho a acceder a un Empleo Público

2.2.1. Por la vía del contrato de trabajo (art. 10.2 LO 4/2000)

Como novedad, el art. 10.2 LO 4/2000, con una regulación no identifica pero sí análoga en ambas redacciones, la originaria y la reformada, contempla el derecho a acceder en igualdad de condiciones que los españoles —y comunitarios— a la Administración Pública para realizar una actividad laboral. La garantía a todo nacional de un Estado miembro del derecho a ejercer su actividad en todo el ámbito de la Unión Europea en igualdad de condiciones que el nacional es ya jurisprudencia reiterada en nuestro país (STS, Sala 30, Secc. 40, 2.12.1997; respecto de una traductora alemana, STS, 30.1.1998, y respecto a una enfermera francesa STS, Sala 30, Secc 40, 3.2.1998, art. 2083). Pues bien, la nueva LO

4/200, en materia de personal laboral, vendría a completar el régimen previsto para los comunitarios en la Ley 17/1993, 23.12, tal y como ha quedado tras la reforma por la Ley 55/1999, y RD 800/1995, 19.5, que desarrolla algunos aspectos no regulados por la Ley.

El art. 15.c) de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 23/1988, como excepciones a la cobertura de los empleos públicos a través de relaciones funcionariales, fija un amplio catálogo de actividades cuyo régimen jurídico puede desempeñarse mediante un contrato de trabajo. Precisamente, son estos puestos de trabajo los que quedan ahora plenamente abiertos para el acceso de los extranjeros, para lo cual podrán concurrir libremente a las ofertas anuales de empleo público, que son los concretos instrumentos de planificación anual de plazas dotadas que no han podido ser cubiertas con los efectivos de personal existente, aprobadas por Decreto del Gobierno, a propuesta del Ministro de AA.PP. y una vez aprobados los Presupuestos Generales del Estado. Se ha puesto en cuestión, también en este caso, como en otros muchos de la L.O. 4/2000, incluso en su versión originaria, que estemos ante una auténtica innovación del ordenamiento, en la medida en que tales puestos de trabajo ya estarían accesibles para el extranjero bajo el imperio de la regulación anterior, sin embargo, a nuestro juicio, no puede dudarse de su efecto renovador a la luz de la actual práctica restrictiva en la materia.

A diferencia de la versión originaria, que prescindía de la necesidad de que los extranjeros se encontrasen en España para acceder a la convocatoria de empleo público, y de forma análoga al texto aprobado por el Senado (16.12.1999), la versión reformada exige expresamente que los extranjeros que pretendan acceder a tales puestos residan, es de suponer que legalmente, en España. La referencia de la L.O. 4/2000 a los principios de selección del personal no constituye sino una transcripción de los criterios generales de selección de personal al servicio de las AA.PP. recogidos, como se sabe, tanto en el art. 103 de la C.E. para los funcionarios públicos cuanto en el art. 19 de la Ley 30/1984, tanto para funcionarios como para personal laboral.

Como sucede con el resto de trabajadores extranjeros debe aplicarse con radicalidad el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, tanto en la fase de acceso al empleo, prohibiendo incluso discriminaciones directas o encubiertas, inclusive restricciones injustificadas, cuanto una vez que han accedido al empleo, esto es, en las condiciones de trabajo (art. 14 C.E.; art. 4.2 c y art. 17 LET; STCo. 215/1991). El carácter general con que se ha introducido este derecho de acceso en igualdad de condiciones al empleo público —*vg.* principio de tratamiento jurídico nacional—, si bien sólo por vía de contrato de trabajo, no sólo fija un criterio unívoco que acaba con la precedente dispersión sectorial y normativa, sino que excluye la posibilidad de que la negociación colectiva pueda introducir cláusulas de nacionalidad que condicionen el acceso al empleo público, por cuanto es un derecho legalmente configurado e indisponible para la negociación colectiva.

La designación con una expresión amplia, como es la de Administraciones Públicas, para determinar el ámbito de aplicación pasiva de este derecho de acceso al empleo público por vía de contrato de trabajo, puede plantear algunos problemas competenciales, formalmente resueltos con la atribución de carácter básico a su contenido pero que no dejan de zanjar la cuestión, como vimos en el comentario global de esta Ley. Ahora bien, en realidad no hace sino seguir el camino marcado por las Leyes de Presupuesto al fijar los criterios a seguir en la oferta de empleo público para todo el «personal del sector público» (vid. art. 22 LGP para 2001), definiéndose este concepto en sentido amplio, incorporando los organismos de las tres Administraciones Territoriales, la estatal, autonómica y local, así como institucional (art. 21).

2.2.2. *El derecho a acceder al empleo público por vía estatutaria*

A tenor de la regla afirmada por el art. 10.2 LO 4/2000 no sólo no implicaría formalmente la apertura de la Función Pública, suministradora del mayor número de puestos a cubrir a través de las Ofertas de Empleo Público, sino que incluso pudiera pensarse, en una primera y superficial lectura, que presupone su exclusión, reservándose tan sólo a los españoles y, salvo que se trate de empleos en los que se ejercite de forma efectiva un poder de autoridad pública y salvaguarda del interés general, a los ciudadanos comunitarios. Se confirmaría de esta manera la regla general sobre la condición de nacionalidad de los funcionarios públicos establecida en los arts. 30.1, 37.1 104 y 105 Ley de Funcionarios Civiles. En esta misma dirección formalmente excluyente, se ha descartado la utilidad de recurrir a las normas internacionales, por cuanto bien poco fundamento se puede encontrar ante la generalizada ausencia de referencias directas o indirectas, por lo que la situación actual sería de gran indefinición (J.M. Gómez Muñoz, 1996).

A este respecto, debe destacarse no sólo la falta de un criterio unívoco en orden a configurar la reserva de nacionalidad para el acceso al empleo público por vía funcional o estatutaria, si bien hay que reconocer que el criterio más generalmente aceptado es el de la exclusión del extranjero, sino la obsolescencia, en la actual estructura del empleo público en España —y en Europa—, de aquella reserva. La aplicación coherente de la concepción funcionalista de la Administración Pública dominante en la jurisprudencia del TJCE, respecto a la libertad de circulación de trabajadores, que ha llevado a una amplísima liberalización del mercado de empleos públicos en la Unión, pese a la excepción del art. 48.4 TCE —actual art. 39.4 TCE/1999—, debería llevar a admitir sin problema alguno el acceso de cualquier extranjero que resida legalmente en España y supere las pruebas legalmente establecidas.

En definitiva, no es el tipo de relación funcional o contractual con la Administración Pública el que debe determinar el presupuesto de la nacionalidad, sino la especificidad de la actividad desempeñada en cada tipo de empleo público, debiéndose descartar tan sólo aquél que suponga participar en el ejerci-

cio de autoridad pública, en términos análogos a la construcción jurisprudencial en materia de libertad de circulación. A esta opción interpretativa, *lege data*, se podría llegar, bien a través de un uso fuerte del artículo 3.1, esto es, del principio de tratamiento jurídico nacional que afirma como criterio interpretativo, vinculante para los poderes públicos, legislador y poder judicial especialmente, bien a través de la negociación colectiva.

En este sentido, a diferencia de lo que sucede respecto del personal laboral, la falta de univocidad de criterio a la hora de determinar si el extranjero tiene o no derecho a acceder vía estatutaria o funcionarial al empleo público, así como la tendencia dominante a excluir tal derecho, lleva a configurar la negociación colectiva como una adecuada fuente de regulación para remover estos obstáculos o barreras de acceso. A nuestro juicio, la condición de nacionalidad no puede entenderse incluida dentro de las materias prohibidas a la negociación a tenor del art. 34 de la Ley 9/1987, por lo que no puede ser sustraída al ámbito de aplicación del art. 34. j), relativo a las materias susceptibles de negociación colectiva, cuya exclusión no puede ser libre y unilateralmente decidida por la Administración.

3. Derecho a acceder al sistema de Seguridad Social

El acceso al sistema de la Seguridad Social ha experimentado un paralelo proceso gradualmente expansivo en la dirección de acoger bajo su protección o cobertura a los extranjeros, con la consiguiente afirmación gradual del principio de igualdad de trato o de tratamiento jurídico nacional. Una vez más, la L.O. 4/2000, en su versión originaria, y también en su versión reformada, vendría a cerrar este proceso eliminando no sólo las diferencias entre los españoles residentes y los extranjeros residentes, sino también de estos entre sí, con la consiguiente exclusión de los histórico regímenes privilegiados o preferenciales para los nacidos de países más estrechamente vinculados con España.

Para los menores de edad ha de resaltarse el Convenio de la ONU sobre Derechos del Niño de ratificación 30.11.1990, —cuyo artículo 26 establece el derecho específico al beneficio de la Seguridad Social o Seguro Social, si este es el sistema protector vigente en el Estado— en favor de los niños. A tal fin, el Estado está obligado a adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional (apartado l). Las prestaciones deberían concederse teniendo en cuenta las concretas situaciones de necesidad, personales y familiares, concurrentes, en particular atendiendo a «los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre».

El artículo 10.1 LO 4/2000 se limita a declarar el derecho a acceder al sistema de Seguridad Social, delimitando el contenido del mismo por remisión formal a la ley específica, la LGSS —*vg.* «de conformidad con la legislación

vigente»—. Por su parte, el art. 14.1 de la misma Ley, con una deplorable técnica jurídica no corregida con la reforma, vuelve a recoger el mismo derecho, si bien en términos no estrictamente coincidentes, ni subjetiva ni objetivamente, con el primero. Por lo tanto se plantean ciertos problemas de armonización.

VI. Derecho de libertad sindical y derecho de huelga

Conforme al art. 28.1 CE «Todos tienen derecho a sindicarse libremente». Por su parte, el art. 13.1 CE establece que «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Las normas internacionales consagran expresamente ese derecho como un derecho del ciudadano trabajador por el hecho de serlo.

La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería, introduce una importante limitación: «sólo podrán ejercerlo cuando obtengan autorización de estancia o residencia». Tema de relevancia cuando se trate efectivamente de «trabajadores *irregulares*», porque de ser así aun siendo trabajadores quedarían privados de un elemento esencial de su *estatus libertatis*. No parece que, a pesar, del art. 13.1 CE, las norma constitucional ex art. 28.2 CE, ni las normas internacionales ex art. 10.2 CE puedan acoger una limitación del *estatuto de ciudadanía laboral* de los trabajadores extranjeros (que ya lo son) por el simple hecho de serlo, o porque carezcan de la correspondiente autorización, la cual, por otra parte, el propio legislador de la Ley de Extranjería indica que su ausencia no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos de los trabajadores. La condición de nacionalidad no puede ser un elemento que limite derechos de la persona.

Por otra parte, el art. 28.2 CE establece que «se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». Como es sabido el art. 13.1 CE dispone que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Necesariamente se ha de interpretar *sistemáticamente* dicho art. 13 CE en clave del art. 10.2 CE, canon de interpretación de los derechos constitucionales con arreglo a la normativa internacional reguladora de los mismos y ratificada por España.

En conjunto amplio de normas internacionales reconocen el derecho de huelga sea como inserto al derecho de libertad sindical, sea como derecho autónomo (Declaración de los derechos del hombre; Pacto internacional de los derechos económicos sociales y culturales; Convenios de la OIT, 87 y 98; Convención europea; Carta social Europea; Carta comunitaria).

La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería, introduce una *importante limitación*: «De igual modo, cuando estén

autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga». Tema de relevancia cuando se trate efectivamente de «trabajadores *irregulares*», porque de ser así aun siendo trabajadores quedarían privados de un elemento esencial de su *estatus libertatis*. No parece que, a pesar, del art. 13.1 CE, las norma constitucional ex art. 28.2 CE, ni las normas internacionales ex art. 10.2 CE puedan acoger una limitación del estatuto de ciudadanía laboral de los trabajadores extranjeros (que ya lo son) por el simple hecho de serlo, o porque carezcan de la correspondiente autorización, la cual, por otra parte, el propio legislador de la Ley de Extranjería indica que su ausencia no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos de los trabajadores. Por otra parte, la propia CE, art. 14, y el Estatuto de los Trabajadores, art. 17 consagra el principio general de no discriminación (aunque con referencia genérica a todas las «condiciones de trabajo»). De este modo los trabajadores extranjeros estarían en una situación de debilidad respecto a los demás trabajadores por el hecho de ser trabajadores extranjeros sin autorización administrativa. Esto no parece razonable. Por otra parte, si están de hecho trabajando son trabajadores en el sentido del Derecho del Trabajo. El propio art. 3.2 LO. 4/2000, modificado por la LO 8/2000, recoge paradójicamente el texto del art. 10.2 CE (dice el art. 3.2, que «las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas»).

En un plano puramente formal, se puede decir que más allá del reconocimiento de la titularidad de estos derechos a todas las personas trabajadoras (en sentido potencial o actual, en el caso del derecho fundamental del derecho de libre sindicación; y en el sentido actual, en el caso del derecho fundamental de huelga), la exclusión (o prohibición) opera respecto de su ejercicio a los extranjeros en situación irregular en nuestro país. Ahora bien, cuando se trata de derecho de derechos de libertad las limitaciones significativas al ejercicio en términos de prohibición (no de mera introducción de peculiaridades o modulaciones en su ejercicio) acaban por traducirse en limitaciones del derecho mismo. *Las libertades o se pueden ejercer* o no son nada. Esto es un elemento de diferenciación respecto de otras categorías de derechos, por ejemplo, los derechos de contenido patrimonial, donde se puede diferenciar mucho más estrictamente entre derecho y ejercicio sin más. Es, ésta, una perspectiva de «realismo normativista».

El problema es que la *prohibición* de ejercicio de ciertos derechos de libertad para los trabajadores «irregulares» supone virtualmente (desde un punto de vista jurídico-práctico) que se han *des-constitucionalizado* tales derechos de la persona en cuestión. La desnaturalización se produce cuando se entiende, como se hace, el derecho de configuración legal como *afectante* al alcance del contenido esencial. En efecto, se entiende que forman parte del contenido posible legal ele-

mentos típicos del contenido esencial (tales como la titularidad y el ejercicio en sí del derecho de libertad). Sin embargo, *nunca, en términos de principio*, pueden formar parte del contenido posible legal elementos esenciales o «resistentes» del derecho constitucional, ya que en tal caso se estaría invadiendo el límite del contenido esencial impuesto deliberadamente por el legislador constitucional al legislador infraconstitucional del derecho de que se trate.

Desde la perspectiva técnico-jurídica es posible pensar en la posible inconstitucionalidad de esta prohibición de ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga, más allá de todo voluntarismo jurídico —el Comité de Libertad Sindical avalaría esta lectura con su reciente Resolución evidenciando su contradicción con el Derecho Internacional que, como acabamos de ver, es el principal parámetro interpretativo—. En este sentido hay que atender al *grupo o bloque normativo constitucional* regulador del sistema de derechos y libertades fundamentales, y en lo que aquí interesa al grupo específico formado o integrado por los arts.28.2, 13 CE y 10.2 del texto constitucional. Estamos, pues, no obstante su originaria configuración como derechos específicos de los trabajadores, ante dos derechos sociales de libertad, conformados como verdaderos derechos fundamentales de la persona en cuanto trabajador.

Estos derechos formarían parte también de el «núcleo duro» de la garantía de respecto a la dignidad humana reconocida en el art. 10.1 CE. Siendo ello así, y a pesar del criterio formal mantenido por las Sentencias del Tribunal Constitucional (107/1984; 130/1995), estos dos derechos fundamentales (*elevados constitucionalmente a libertades públicas*) deberían integrarse en el primer criterio jerárquico y de reconocimiento uniforme para todas las personas, es decir dentro de los «derechos fundamentales de la persona» y no sólo en el tercer grupo clasificatorio relativo a los «derechos sociales», ya que son efectivamente derechos sociales fundamentales de la persona en cuanto trabajador, *atribuidos en cuanto tal y no como ciudadanos* de un país en concreto, y sin que se puedan establecer una regulación legal infraconstitucional que altere el contenido esencial del derecho o impida su ejercicio como tales derechos de la persona., con independencia de la introducción de exclusivas peculiaridades o modulaciones del ejercicio.

Ciertamente si se desea que los sujetos más débiles, desde un punto de vista físico, político, social o económicamente, gocen de la protección necesaria frente a las leyes de los más fuertes, será necesario sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, de la disponibilidad privada y de los poderes públicos, *formulándolos verdaderamente como derechos en forma rígida y universal*. Desde la teoría garantista, el «universalismo» de los derechos fundamentales se refiere a los sujetos a los que son atribuidos (todos los seres humanos en cuanto personas). De este modo se confirmaría así el papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*, a la vez, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto personas., y el debido a sus diferencias culturales o de

nacionalidad (L. Ferrajoli, 2001). Los derechos fundamentales deben «internacionalizarse», debiéndose superar la contraposición entre ciudadanía e igualdad, y orientándola hacia la ciudadanía universal. Los derechos fundamentales son, así, *garantías legales de las personas más débiles*, precisamente es el caso de los trabajadores emigrantes, y en particular de los que están en situación jurídica de «irregularidad». Esta fue la preocupación esencial del constitucionalismo internacional de la segunda postguerra mundial, dada la trágica experiencia de la «nacionalización» de los derechos de la persona. De ahí la elaboración del «standard» internacional de derechos fundamentales. Es de realzar que la Constitución Española se inserta en esa cultura jurídica.

Los derechos de libertad, como derechos de autonomía, corresponden a la persona en cuanto tal. Son inconstitucionales los preceptos de la Ley de Extranjería que niegan a los inmigrantes sin permiso de residencia los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga. No se puede vincular a la autorización de estancia o residencia, porque son derechos de la persona, ligados a la dignidad humana. Teniendo en cuenta los *estándares jurídicos internacionales* que obligan a España. Privar a los extranjeros en situación irregular de esos derechos es contrario a la Constitución. No son reconocidos exclusivamente a los ciudadanos de los países de acogida, sino a las personas.