

La Ley de Extranjería en el marco jurídico-laboral español*

IGNACIO DURÉNDEZ SÁEZ**

Universidad de Murcia

Resumen

La LOE es uno de los instrumentos fundamentales de la política de inmigración de nuestro país. Esta ley se asienta en los siguientes principios fundamentales: la necesidad de ejercer un control riguroso de los flujos migratorios con la finalidad de que los inmigrantes se encuentren en nuestro país y en los del resto de la Unión Europea en situación legal; regulación de todas las posibles situaciones administrativas para dar respuesta a todas las exigencias de la realidad social y económica; plena integración de los inmigrantes legales mediante el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales en condiciones de igualdad con los españoles; protección en cualquier caso de los menores y de la mujer embarazada y fijación de un sistema de infracciones y sanciones tendente a evitar la inmigración ilegal y a proteger a los inmigrantes legales de los actos discriminatorios.

Palabras clave: Inmigración, España, marco legal, Ley de Extranjería.

Abstract

The LOE is the legal frame that regulates the immigration in Spain. The author examines these regulations in themselves and in relation to the problematic practice that it establishes.

Key words: Immigration law, legal and illegal migration, foreigners' rights and duties, Spain, European Union.

* Fecha de recepción: 30 febrero 2002.

1 Autor de este trabajo: Ignacio Duréndez Sáez, Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). El presente estudio se corresponde básicamente con la conferencia pronunciada el día 5 de noviembre de 2001 en las *Jornadas de Inmigración. La Ley de Extranjería y su aplicación en la Comunidad de Murcia*, en el Aula de Cultura de Cajamurcia, organizadas por la Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad Autónoma de Murcia; se circunscribe a los trabajadores inmigrantes no comunitarios.

I. Introducción

Tradicionalmente nuestras leyes de extranjería han sido leyes destinadas, casi en exclusiva, a la regulación del acceso al trabajo de los inmigrantes que, en número relativamente modesto, venían a nuestro país desde otros países de nuestro entorno europeo o procedentes de los países hispanoamericanos.

Desde hace aproximadamente una década se ha producido un cambio radical en el fenómeno migratorio, de manera que el número de inmigrantes ha experimentado un gran incremento habiéndose diversificado los países de origen, creciendo el número de los inmigrantes que provienen de los estados norteafricanos, de los estados subsaharianos, de algunos de los estados de la Europa del este, surgidos como consecuencia de la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y de los países hispanoamericanos. El resultado ha sido la afluencia a nuestro país de centenares de miles de inmigrantes pertenecientes a diversas etnias, ideologías, religiones y edades, que han venido en busca de un puesto de trabajo, a los que es preciso atender en condiciones dignas. Para ello es imprescindible dotarles de un status jurídico claro y definido, y fijar unas normas relativas a su entrada, permanencia y eventual salida de nuestro territorio que reúnan las debidas garantías jurídicas. Sólo así la inmigración permitirá mejorar la situación personal de los afectados y podrá contribuir también a elevar nuestro nivel cultural y nuestro desarrollo económico.

Esta transformación del fenómeno migratorio y su correlativa complejidad han hecho necesaria una nueva ley que abarcara las numerosas aristas que presenta. La Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, que ha conseguido un amplio consenso de los grupos políticos de nuestro país, ha venido a realizar esta importante función normativa².

II. Fines y objetivos de la Ley de Extranjería

Para fijar con claridad los objetivos de la Ley de Extranjería nada más apropiado que analizar los contenidos de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, pues como es sabido las exposiciones de motivos constituyen un conjunto de principios jurídicos de importancia fundamental como canon de interpretación auténtica del articulado de la ley³.

2 Su denominación completa es la de Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. La LO 4/2000 de 11 de enero fue publicada en el BOE nº 10 de 12 de enero; la LO 8/2000 de 22 de diciembre, fue publicada en el BOE nº 307 de 23 de diciembre.

La disposición derogatoria única de la LO 4/2000 ha derogado la LO 7/1985 de 1 de julio.

El Reglamento de la LOE (en lo sucesivo RE) ha sido aprobado por RD 864/2001 de 20 de julio publicado en el BOE nº 174 de 21 de julio.

3 V. M. C. Rovira Flores, *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pp. 89-106.

La Exposición de Motivos de la LO 8/2000 recoge como objetivos y fines de la misma los siguientes:

1º. Abordar el fenómeno migratorio desde un «planteamiento global y coordinado», en el que se incluyen los aspectos que se refieren al control de los flujos migratorios, la integración de los residentes extranjeros en nuestra sociedad y el codesarrollo de los países de origen. Se pretende igualmente cumplir con los compromisos internacionales contraídos por España con los países de la Unión Europea en el año 1999, en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Tampere, sobre la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, lo que implica, entre otras cosas, que España adopte las medidas pertinentes para controlar los flujos migratorios que, a través de nuestro país, se dirigen a otros Estados miembros de la Unión.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 137⁴ dispone que para la consecución de los objetivos de la Unión Europea ésta apoyará y completará la acción de los Estados miembros en lo que se refiere a las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países cuando «residan legalmente en el territorio de la Comunidad», lo que implica la exclusión de los ilegales.

2º. Para cumplir con la finalidad de integración de los inmigrantes la LOE prevé el reconocimiento a los mismos de un conjunto de derechos y libertades de conformidad con el mandato constitucional del artículo 13 en el que se 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», según la interpretación que de los mismos realice el Tribunal Constitucional.

Refiriéndose nuevamente al Acuerdo de Tampere la LOE afirma que se debe garantizar «un trato justo a los nacionales de terceros países que (residan) legalmente en el territorio de sus Estados miembros» a cuyo efecto debe practicarse una política de integración basada en el reconocimiento a estos residentes legales de «derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y el desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia».

Reiterando, una vez más, la voluntad de reconocerles «la máxima cota de derechos y libertades», disponiéndose a tal fin en el artículo 3.1 de la LOE que «*como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles*»; canon interpretativo que ha de calificarse como de extraordinaria importancia teórica y práctica, puesto que, lejos de ser una mera declaración retórica, se ha de considerar de referencia obligada en las decisiones de las administraciones públicas y del poder judicial.

Estos criterios se recogen igualmente en el Preámbulo del RE que también se refiere a la «necesidad de velar por un nivel de vida digno y unas condiciones de empleo para los trabajadores extranjeros en igualdad de trato con los españoles»....

4 Según la redacción dada al mismo por el Tratado de Niza cuya ratificación ha sido autorizada por la LO 3/2001 de 6 de noviembre (BOE del 7).

3°. Afirma con rotundidad la LOE que uno de sus fines esenciales es el de acabar o reducir al mínimo la inmigración ilegal para lo que establece un «régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad frente a la entrada y estancia irregular».

Para conseguir ese objetivo de inmigración regular, se establecen diversas medidas sobre régimen de entrada, visado, estancia y prórroga de estancia, residencia etc., adaptadas al Acuerdo de Schengen; una regulación precisa sobre las diversas situaciones administrativas de los extranjeros, entre las que se encuentran las de residencia temporal y permanente, la situación de los apátridas, la de los extranjeros que disponen de alguno de los tipos de permiso de trabajo previstos, la regulación del contingente de trabajadores etc..

4°. Se recogen también en la LOE una serie de infracciones y sanciones, en un primer grupo, se integran las que han sido creadas con la finalidad de combatir la inmigración ilegal y en un segundo grupo, más reducido, se recogen las infracciones de contenido laboral de entre las cuales es ejemplo típico la falta de permiso de trabajo.

Las infracciones del primer grupo son típicas infracciones de policía gubernativa y se dirigen contra las personas que organizan redes para el tráfico de seres humanos y contra las compañías de transporte que incumplen con sus obligaciones en el caso de que trasladen a nuestro territorio a extranjeros sin verificar que cumplen los requisitos exigidos en nuestra legislación para la entrada.

5°. Finalmente se establecen diversas medidas de coordinación de los órganos de la Administración y se crea un Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, con una amplia representación social, al que se le atribuyen funciones consultivas, de información y asesoramiento para la integración de los inmigrantes que se encuentren en España.

III. Régimen jurídico de los extranjeros

El Título II de la LOE regula el régimen jurídico de los extranjeros en España atendiendo al procedimiento normal a través del cual un extranjero se instala en nuestro país, es decir distinguiendo entre el momento de la entrada, las distintas situaciones administrativas aplicables a su permanencia, con referencias especiales a los estudiantes, a los menores, a los apátridas, indocumentados y refugiados y, finalmente a las situaciones de los que vienen para ejercer actividades lucrativas tanto por cuenta ajena como propia.

1. Régimen jurídico de la entrada en territorio español

El artículo 25 de la LOE dispone que los extranjeros que deseen entrar en España deberán cumplir los siguientes requisitos⁵:

5 Véanse los artículos 4 y 5 del RE.

- realizar la entrada por alguno de los puestos fronterizos habilitados al efecto.
- disponer de pasaporte individual, familiar o colectivo, teniendo en cuenta que los menores de 16 años pueden estar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor.
- disponer de título de viaje válido y en vigor.
- tener el documento nacional de identidad o equivalente válido y en vigor. El título de viaje y el pasaporte deberán estar expedidos por las autoridades del país de origen o por las organizaciones internacionales habilitadas al efecto.
- el extranjero que desee entrar en España deberá, en todo caso, presentar los documentos que justifiquen «el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios» (artículo 25.1 de la LOE). El artículo 24 del RE dispone que mediante Orden del Ministro del Interior se fijará la cantidad mínima precisa para el sostenimiento teniendo en cuenta los días de permanencia y el número de personas que pretendan permanecer en España; con esta medida de tipo general se evita que sea la Administración la que fije discrecionalmente, en cada caso, la cuantía económica de la renta que se estime suficiente para el mantenimiento de una persona, soslayándose así la posibilidad de que las distintas administraciones autonómicas fijen niveles diferentes de renta.
- se exigirá finalmente visado válidamente expedido y en vigor salvo para los casos relacionados en los artículos 5.2 y 49 del RE; en los artículos 5 al 22 del RE se regulan diversas modalidades de visado, (como los de tránsito, estancia, circulación múltiple, residencia, cortesía, etc), así como el procedimiento para su solicitud y resolución en la que deberá consignarse el recurso que contra ella proceda, órgano ante el que hubiere de plantearse y el plazo para interponerlo (artículo 20.3 del RE).

Los artículos 18 y 19 del RE se refieren a la concesión de visados en supuestos especiales, entre los que hay que resaltar por su importancia, el supuesto de los visados que se han de conceder para la reagrupación familiar.

La concesión de visados con carácter «excepcional», contempla también otras situaciones, ya reguladas en la LOE/1985 (artículo 12. 4), pudiéndose citar como ejemplo el visado por razones de *arraigo en territorio español*, aceptándose por la jurisprudencia como situaciones que estaban dentro de esta hipótesis el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (STS (3^a) de 27-6-2000, ponente Sr. Xiol Ríos, recurso 2964/96); y la *situación de arraigo derivada de una unión de hecho* estable y continuada análoga a la conyugal porque de su ruptura derivan perjuicios irreparables (STS(3^a) de 6-6-2000, ponente Sr. Xiol Ríos, recurso 2267/96); por el contrario no se ha considerado causa suficiente para la exención de visado la obligada dependencia de los padres ni la integración o adaptación a la vida española (STS (3^a) de 27-6-2000, ponente Sr. Mateos García, recurso 2300/96),

ni el hecho de que el solicitante de la residencia no hubiera podido acogerse a la regularización establecida por el Acuerdo de 7 de junio de 1991 (STS (3ª) de 13-6-2000, ponente Sr. Mateos García, recurso nº 2329/96); sí se ha estimado que es circunstancia que exime de la presentación de visado la reagrupación entre hermanos, pero no la convivencia con un tío, ni tampoco constituye situación de arraigo el asistir a clases de español ya que ello no implica «per se» una situación que pueda ser calificada de excepcional (STS (3ª) de 29-6-2000, ponente Sr. Sieira Míguez, recurso nº 2990/96).

En el caso de trabajadores peruanos no están exentos del visado dice la STS (3ª) de 20-6-2000 (ponente Sr. Martí García, Ar. 5698), ya que el Canje de Notas de 14 de abril de 1959 sobre supresión de visados entre España y Perú está suspendido temporalmente por decisión del Gobierno peruano (Anuncio de 7 de febrero de 1992, BOE de 13-2-92), y además dicha exención de visado era para estancias inferiores a tres meses.

Como *visado de urgencia*, puede ser calificado el previsto en el artículo 4.3 del Acuerdo entre España y Colombia y en el mismo artículo del Acuerdo entre España y Ecuador⁶ en los que se dispone que las solicitudes de los visados de estancia o residencia realizadas en el marco de los mismos serán tramitadas con carácter de urgencia por la Oficina Consular española competente. En el visado estampado en el pasaporte se hará constar el tipo de visado y finalidad y duración de la permanencia en España que se autoriza.

2. Situaciones jurídicas de los extranjeros en España

Las situaciones administrativas previstas en la LOE para los extranjeros son la estancia, la residencia temporal y la residencia permanente. La *estancia* es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días, que podrá prorrogarse cuando concurren circunstancias excepcionales (artículo 30 de la LOE).

La *residencia temporal* es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, regulándose los diversos supuestos en los que procede su solicitud, y la posibilidad de su prórroga cualquiera que sea su duración, a petición del interesado, si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión, por periodos sucesivos, con una duración de dos años cada uno (artículo 41.8 del RE).

La *residencia permanente* es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, adquiriéndose esta situación por la residencia temporal durante cinco años de forma continuada, sin que se

6 Acuerdo entre España y Colombia de 21 de mayo de 2001 (BOE del 4 de julio), relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales. Artículo 4.3 del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador de 29 de mayo de 2001 (BOE del 10 de julio) relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios.

rompa la continuidad por el abandono temporal del territorio debido a vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente, como es el caso de las ausencias justificadas por razones familiares o de asistencia sanitaria (artículos 32 de la LOE y 42 del RE).

La STS (3^a) de 1-7-2000, (ponente Sr. Peces Morate, recurso n° 2702/1996), da preferencia para la obtención del permiso de residencia al cónyuge extranjero casado con ciudadano español mientras subsista el vínculo y siempre que el matrimonio no se hubiera contraído de forma fraudulenta, todo ello en virtud del principio de protección social, económica y jurídica de la familia del artículo 39.1 de la CE, que impone además a los cónyuges la obligación de vivir juntos y socorrerse mutuamente en los términos del artículo 68 del Código Civil.

El artículo 41.8 dispone que las solicitudes de renovación de los permisos de residencia temporal y permanente de la sección 2^a del RE, es decir los que se podrían calificar como permisos de residencia ordinarios, se resolverán y notificarán en el plazo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para resolverlas, entendiéndose que dicha renovación ha sido concedida si, transcurrido tal plazo, no se ha dado respuesta expresa, aplicándose muy oportunamente el silencio positivo en materia de gran sensibilidad social.

Se establecen regímenes especiales para los estudiantes, menores, apátridas, indocumentados y refugiados (artículos 32 a 35 de la LOE) fijándose los requisitos que han de cumplir las solicitudes de residencia de estos colectivos y el procedimiento administrativo a seguir.

IV. El permiso de trabajo

Toda persona física mayor de dieciséis años que, careciendo de la nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, deberá obtener además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa⁷ para trabajar. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha fijado un plazo máximo de seis meses desde la entrada en territorio español para encontrar un trabajo⁸.

Se regulan en la vigente legislación fundamentalmente dos clases de permiso de trabajo, el de los trabajadores por cuenta ajena y el de los trabajadores por cuenta propia, y unos permisos especiales de los que simplemente se deja constancia de su existencia que son los que se refieren a los colectivos siguientes: trabajadores transfronterizos por cuenta propia o ajena, trabajadores que realicen una prestación de servicios transnacional,

7 Artículos 64.2 y 66.1 del RE y 36.1 de la LOE.

8 AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Coord. M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 203-204.

trabajadores de temporada y finalmente se deja constancia también de la existencia de autorizaciones para trabajar, sin tener en cuenta la situación nacional de empleo, referidas a los estudiantes, solicitantes de asilo, nacionales de países que no sean de la Unión Europea, enrolados en buques españoles, y extranjeros en prácticas profesionales y de formación⁹.

a) Autorización para trabajar por cuenta ajena. El contingente de trabajadores

La obtención de esta autorización está condicionada al cumplimiento de una serie de prescripciones:

1. Esta autorización, que se acreditará mediante el correspondiente permiso de trabajo, deberá ser solicitada por el empresario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales cuando trate de contratar a un extranjero que carezca de ella.
2. La carencia de autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos de los extranjeros¹⁰. Principio de conservación del negocio jurídico, análogo al del artículo 9.2 del ET, que impide el enriquecimiento injusto del empleador que contrate a un extranjero sin la correspondiente autorización, amparándose en la invalidez del contrato celebrado.
3. Cuando el empresario, por cuya cuenta realice su actividad el trabajador extranjero, no resida en España habrá de designar un representante en España que garantice el cumplimiento de las obligaciones legales¹¹.
4. El permiso de trabajo¹² tendrá una duración inferior a cinco años y podrá limitarse, inicialmente, a un determinado territorio, sector o actividad.
5. La autorización para trabajar se renovará a su expiración si persiste o renueva su contrato de trabajo o se cuenta con una nueva oferta de empleo, cuando el extranjero hubiere obtenido una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación, y cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación asistencial pública destinada a su inserción social o laboral por el tiempo de ésta, etc..
6. Para la concesión del permiso de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo y el régimen de reciprocidad respecto de nuestros nacionales en el país de origen del extranjero. El empresario contratante deberá justificar que ha realizado la gestión de la oferta de empleo,

9 Artículos 76 a 79 del RE.

10 Artículo 36.3 de la LOE.

11 Artículo 67 del RE.

12 El artículo 69 del RE distingue entre tipo B inicial, tipo B renovado y tipo C, como modalidades del permiso de trabajo por cuenta ajena.

presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, y que esa gestión ha concluido con resultado negativo¹³.

7. No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, gozando por tanto de preferencia en la concesión del permiso, en relación con los trabajadores extranjeros que se encuentren en los supuestos del artículo 71 del RE, pudiéndose citar como ejemplos, ser hijo o cónyuge de extranjero residente con permiso renovado, haber nacido y ser residente en España, tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española, ser titular de una autorización previa de trabajo cuya renovación se pretenda, haber sido apátrida o refugiado y haber perdido esta condición permaneciendo en España, ser contratado para desempeñar puestos de confianza de alta dirección, ser contratado para trabajos de montaje o reparación de equipos o maquinaria importados, etc¹⁴.
8. El matrimonio con español o española no se recoge en la actual legislación como circunstancia que determine la preferencia para la obtención del permiso de trabajo, sin embargo sí lo era en la LO 7/1985 (artículo 18.3 b), habiendo sentado la jurisprudencia que el matrimonio con español había de considerarse circunstancia preferente para la obtención del permiso de trabajo por cuenta ajena en tanto subsista el vínculo y siempre que el matrimonio no se hubiera contraído de forma fraudulenta, a fin de obtener permiso de trabajo o renovarlo, fundándose esa preferencia en el principio de protección social, económica y jurídica de la familia del artículo 39 de la CE que juega por tanto como determinante de un trato preferencial (STS (3^a) de 27-4-99, ponente Sr. González Navarro).
9. Están exceptuados de la obtención del permiso de trabajo por cuenta ajena las personas que se recogen en el artículo 41 de la LOE¹⁵, entre las que se cuentan los técnicos, investigadores, profesores y científicos extranjeros invitados o contratados por la Administración, los funcionarios civiles o militares de países extranjeros que vengan a España en el marco de acuerdos de cooperación, los corresponsales de medios de comunicación, los artistas que vengan a España a realizar actuaciones puntuales que no podrán superar los cinco días de actuación continua o veinte días de actuación discontinua en un periodo de doce meses, los ministros y religiosos de iglesias o confesiones debidamente inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia, los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española, los extranjeros que pertenezcan a los órganos de representación y de gobierno de sindicatos homologados internacionalmente, y los extranjeros que hayan obtenido la residencia permanente etc.
10. Los permisos de trabajo por cuenta ajena que se soliciten podrán ser denegados por los motivos señalados en el artículo 74.1 del RE.

13 Artículos 38 de la LOE y 70 del RE.

14 Artículo 71 del RE.

15 Artículo 68 del RE.

Hay que hacer referencia finalmente al llamado «*contingente de trabajadores extranjeros*»¹⁶ configurado en la ley como un instrumento de política migratoria en virtud del cual el Gobierno, mediante Acuerdo con los Estados, establece anualmente un número determinado de ofertas de empleo, con indicación de sectores y actividades profesionales, dirigidas a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España.

Para adoptar el acuerdo sobre el contingente de trabajadores extranjeros el Gobierno deberá oír al Consejo Superior de Política de Inmigración y a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas que conocerán de la propuesta de contingente una vez informada por la Comisión Interministerial de Extranjería. El contingente de trabajadores extranjeros será distribuido en cada provincia en función de las propuestas de empleo que las mismas hayan formulado; posteriormente la Dirección General de Ordenación de las Migraciones orientará al gobierno acerca de los modos de selección de los trabajadores en los países de origen teniendo en cuenta, en su caso, los Acuerdos y Convenios Internacionales suscritos, pudiendo participar los empresarios o sus organizaciones en esta selección. El permiso de trabajo de estos trabajadores se tramitará con sujeción a lo dispuesto en la normativa general sobre la materia.

Sobre el contingente de trabajadores se han celebrado diferentes Acuerdos entre los que cabe citar el celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de fecha 25 de julio de 2001¹⁷; entre España y Colombia de 21 de mayo de 2001 y entre el Reino de España y la República del Ecuador de 29 de mayo de 2001, en todos los cuales se sigue el siguiente procedimiento operativo:

- Las autoridades españolas, a través de la embajada de España, comunicarán a las autoridades del país el número y las características de las necesidades de mano de obra teniendo en cuenta las ofertas de empleo existentes. Por el mismo conducto las autoridades del país contestarán acerca de las posibilidades de satisfacer esta demanda de trabajo
- La oferta de empleo deberá indicar al menos los datos siguientes: el sector y la zona geográfica de actividad; el número de trabajadores a contratar; la fecha límite para su selección; la duración del trabajo; las informaciones generales sobre condiciones de trabajo; salarios, alojamiento y retribución en especie y las fechas en que los trabajadores seleccionados deberán llegar a su lugar de trabajo en España.
- La selección se realizará por una Comisión de ambos países, en el país de origen, en la que podrán participar los empleadores o sus representantes.
- Los trabajadores seleccionados firmarán un contrato de trabajo, en un plazo que como regla general no excederá de treinta días, y recibirán la documentación de viaje previa petición de la misma.

16 Artículos 39 de la LOE y 65 del RE.

17 Acuerdo para la aplicación provisional del Acuerdo Administrativo sobre mano de obra firmado en Madrid el 30 de septiembre de 1999.

*b) Autorización para trabajar por cuenta propia*¹⁸

La autorización para trabajar por cuenta propia, en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano se formaliza mediante el permiso (tipo D inicial) de trabajo que «podrá» concederse, dice la ley, dejando la cuestión a la discrecionalidad administrativa, para el ejercicio de un actividad concreta y para un ámbito geográfico determinado, sin perjuicio del derecho del extranjero a la libertad de circulación. Su vigencia será de un año. Extinguida la vigencia del permiso anterior se podrá obtener un nuevo permiso (tipo D renovado) por dos años que autoriza para ejercer cualquier actividad en todo el territorio nacional y un nuevo permiso (tipo E) de las mismas características que el anterior.

Para la concesión inicial de permisos de trabajo por cuenta propia «se tomarán en consideración»¹⁹ las siguientes circunstancias:

1. Que la actividad a realizar sea creadora de empleo o aporte capital, nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción.
2. Que la inversión prevista para la realización del proyecto sea suficiente.
3. Que el solicitante reúna la cualificación profesional exigible y que acredite que ha cumplido con todos los requisitos establecidos en la normativa específica, que habrían de cumplir los nacionales, para la apertura y normal funcionamiento de la actividad de que se trate.
4. Que concurren los supuestos a que se refiere el artículo 71.1 a) al g) del presente RE.
5. El régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero respecto de los españoles.

Aunque en la norma se indica que la concesión del permiso es facultativa, el cumplimiento de los requisitos señalados fuerza a la concesión del permiso solicitado mediante resolución que habrá de ser motivada debiendo expresar dicha resolución los recursos que contra ella proceden, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos²⁰.

*c) Supuestos especiales de autorización para trabajar*²¹

Se regulan también una serie de autorizaciones para trabajar, sometidas a un especial régimen jurídico, como son los casos del permiso para trabajar por cuenta ajena o propia para trabajadores transfronterizos; permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios; permiso de trabajo de temporada; permiso a extranjeros con

18 Artículos 37 de la LOE y 69, 70 y concordantes del RE.

19 Artículo 70.2 del RE.

20 Artículo 86.1 del RE.

21 Artículos 76 a 79 del RE.

autorización de estancia para estudios; permiso para los extranjeros que dispongan de un permiso de residencia temporal y acrediten una especial situación de arraigo, o a los que se les ha denegado el asilo, o por razones humanitarias, o que hayan colaborado con las autoridades españolas en la lucha contra las mafias que trafican con inmigrantes; permiso para los extranjeros solicitantes de asilo; permiso para los extranjeros no europeos ni del espacio económico europeo enrolados en buques españoles; y permisos para extranjeros que realicen prácticas profesionales y de formación.

V. Derechos y libertades de los extranjeros en España

a) Planteamiento general

El título I de la LOE, dedicado a la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España, es el que ha suscitado mayores controversias.

Desde una perspectiva general del problema hay que destacar que la principal innovación introducida por la Ley 8/2000 ha sido que el conjunto de los derechos y libertades de este título se reconoce sólo a los extranjeros que se encuentren en España de forma legal, es decir a los extranjeros que hayan regularizado su situación. Se consigue así que la LOE cumpla un doble objetivo, de un lado sirva como ley que racionalice los flujos migratorios, con exclusión de la inmigración ilegal, y de otro que al reconocer a los extranjeros legales un conjunto de derechos y libertades, en igualdad de condiciones que a los españoles, se contribuya a su auténtica integración en nuestra sociedad²².

Los principios generales que rigen la regulación de estos derechos y libertades son los siguientes:

1. Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos y libertades que a los españoles se les reconoce en el título I de la Constitución, en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en la propia LOE y en las leyes que regulen cada uno de esos derechos en nuestro ordenamiento interno²³. Se ha dicho, en el sentido expuesto, que el conjunto de los derechos y libertades reconocido a los extranjeros, es coextenso al ámbito del título I de la Constitución²⁴.
2. Como «criterio interpretativo general» habrá que entender que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la LOE «en condiciones de igualdad con los españoles»²⁵. Este criterio de interpretación supone implícitamente que no todos los derechos de los extranjeros están reconocidos en condiciones de absoluta igualdad con los españoles pero supone también que deban ser reconocidos a los

22 Esa doble función estaba ya en la Ley de extranjería 7/85 de 1 de julio.

23 Artículo 3 de la LOE.

24 M.F. Massó Garrote, *Nuevo régimen de extranjería*, La Ley, Madrid, 2001, p. 74.

25 Artículo 3.1 de la LE.

extranjeros como si de españoles se tratara, es decir que su reconocimiento y aplicación estén presididos, en la medida de lo posible, por el principio de igualdad de trato.

3. El artículo 3.2 de la LOE en el mismo sentido que el artículo 10.2 de la CE establece que los derechos reconocidos a los extranjeros en la LOE habrán de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España.
4. Finalmente hay que tener en cuenta que los derechos reconocidos a los extranjeros en la LOE, por mandato del artículo 13.1 de la CE²⁶ tendrán el contenido y alcance que «establezcan los tratados y la ley» sin que su ejercicio pueda estar condicionado ni limitado por las creencias religiosas ni las convicciones ideológicas o culturales que se aleguen para justificar actos o conductas contrarios a los mismos (artículo 3.2 de la LOE).

Es evidente, por tanto, que la CE autoriza a la regulación de estos derechos y libertades públicas, cuando se trate de extranjeros, con ciertas limitaciones y es por ello que la LOE condiciona el reconocimiento de algunos de estos derechos a que el extranjero se encuentre en nuestro país en situación de legalidad; sin embargo en contra de esta interpretación se argumenta que determinados derechos por ser inherentes a la persona no admiten limitación de ninguna clase y deben ser por tanto reconocidos a los extranjeros exactamente igual que a los españoles, con independencia de que sean o no residentes legales en España.

Para determinar si la regulación que hace la LOE respeta o no los derechos y libertades de los extranjeros que se encuentren en España, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales, es preciso distinguir tres grandes grupos de derechos de conformidad con la doctrina elaborada por el TC²⁷:

1º. En un primer grupo habría que incluir los *derechos de naturaleza política* que no pertenecen a los extranjeros sino exclusivamente a los españoles porque así lo dispone el artículo 13.2 de la CE y que son los derechos del artículo 23 de la Constitución, concretamente el derecho reconocido a los «ciudadanos» a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y el derecho a acceder a los cargos públicos.

El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales puede, excepcionalmente, ser reconocido a los extranjeros atendiendo a criterios de reciprocidad recogidos en los tratados o en la ley. La LOE en su artículo 6 reconoce este derecho, así como todos los que estén en la legislación de régimen local a los ciudadanos extranjeros, atendiendo a criterios de reciprocidad, cuando sean residentes y estén empadronados en un municipio.

26 Regulados en el capítulo I del Título I, artículos 3 a 14 de la LE.

27 Véase la STC 95/2000 de 10 de abril, FJ 3.

El derecho a la participación pública reconocido a los extranjeros residentes y empa-dronados se complementa con el compromiso de los poderes públicos municipales de escucharles en los asuntos que les afecten y de facilitarles el ejercicio del derecho de sufragio en los procesos electorales democráticos de sus países de origen.

2º. Un segundo grupo de derechos estaría integrado por aquellos *derechos que por ser inherentes a la persona* deberían ser reconocidos a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles; se trata de los llamados derechos humanos y libertades públicas es decir de aquellos que por estar en íntima conexión con la dignidad de la persona son predicables de todos los seres humanos. A estos derechos se refiere el artículo 10 de la CE, declarando que son el «fundamento del orden político y de la paz social», de derechos que tienen que ver con la «dignidad de la persona» y con los «derechos inviolables que le son inherentes», con el «libre desarrollo de la personalidad», y con el «respeto a la ley y a los derechos de los demás». Estos derechos según el mismo artículo deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸ y los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España lo que obliga a una breve reflexión sobre la citada declaración o proclamación, que en puridad se limita a relacionar una serie de derechos sin que se concrete el alcance con que deben ser reconocidos sino simplemente que deben ser tenidos «*como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a esos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter internacional, su respeto y aplicación universales y efectivos*»...; siendo, en definitiva, un conjunto de principios que informan nuestro ordenamiento jurídico según el Tribunal Constitucional (STC 21/1981 de 15 de junio, RTC 1981,21).

En este grupo de derechos habría que considerar incluidos, según algún sector de la doctrina²⁹, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16 de la CE), el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (artículo 18 de la CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), el derecho a la libertad, seguridad y «hábeas corpus» (artículo 17 de la CE), el derecho a la libertad de expresión e información (artículo 20 de la CE) y el derecho de reunión y asociación (artículos 21 y 22 de la CE).

Esta relación de derechos, excesivamente amplia, incluye algunos de los derechos que la LOE reconoce a los extranjeros con limitaciones resultando así la polémica acerca de si esas limitaciones son o no constitucionales y si respetan o no las prescripciones de los tratados internacionales suscritos por España.

28 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948.

29 M.F. Massó Garrote, *Nuevo...*, cit. pp. 77 y 78.

3º. En un tercer grupo se integrarían los que podrían denominarse *derechos de extranjería*, es decir una serie de derechos reconocidos a los extranjeros en la LOE, con limitaciones, puesto que ese reconocimiento se supedita a que los extranjeros se encuentren en España de manera regular, es decir cuando sean «residentes», o cuando hayan obtenido «autorización de estancia o residencia en España,» o cuando «estén autorizados a trabajar», según los términos que la propia LOE utiliza. Las limitaciones fijadas a los derechos de los extranjeros tienen su fundamento jurídico en la propia Constitución en cuyo artículo 13.1 se dispone que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales «*en los términos que establezcan los tratados y la ley*»³⁰, expresión que permite establecer límites o condiciones al reconocimiento y ejercicio de estos derechos en las leyes de extranjería.

La doctrina del Tribunal Constitucional³¹ se ha referido a estos derechos como derechos de «configuración legal» y ha aceptado que esta configuración que de los mismos haga la ley puede prescindir de la nacionalidad o ciudadanía como dato relevante para modular su ejercicio lo que determina que las limitaciones establecidas en la LOE son en principio adecuadas a la Constitución. En cuanto a los tratados bilaterales o multilaterales, ha dicho la doctrina, tenderán a «establecer el principio de igualdad de trato o a suavizar las discriminaciones contra el extranjero resultantes de las leyes internas pues de otra forma es difícil de comprender que se celebren y ratifiquen por ningún Estado»³².

Se ha matizado posteriormente que una cosa es que la regulación mediante ley de estos derechos, acepte diferencias de trato respecto de los españoles, y otra que se pueda legislar sobre los mismos sin tener en cuenta el mandato constitucional³³, que obliga a que, en cualquier caso, estos derechos sean regulados respetando «su contenido esencial», tal y como prescribe el artículo 53.1 de la CE, concepto este que se identifica con las convicciones generalmente admitidas, sobre esos derechos, entre los juristas, jueces y especialistas del Derecho en general o con los intereses jurídicamente protegidos³⁴.

30 Cuales sean estos derechos no es cuestión pacífica; estos derechos según el PSOE son de entre los regulados en la LOE los siguientes: el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, los derechos de sindicación y de huelga y el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia letrada; por esta razón se ha interpuesto Recurso de Inconstitucionalidad contra el artículo 1º apartados 5,6,9,y 16 de la LO 8/2000, de fecha 23 de marzo de 2001.

31 STC 107/1984 de 23 de noviembre FJ 3º, en JCTSS, II, ref. 129, comentada por M. Alonso Olea.

32 M. Alonso Olea, comentario de la STC 107/1984 de 23 de noviembre, en JCTSS, II, Ref. 129, p. 207.

33 Véase el Reglamento Comunitario 2211/1978, que aprueba el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos de 27 de abril de 1976, en el que se dispone que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en un Estado miembro de la CEE se beneficiarán en el sector de la Seguridad Social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad. En base a este precepto a un trabajador del mar de nacionalidad marroquí se le reconoció por el TC el amparo solicitado y por tanto un trato igual que a los españoles en materia de prestaciones por desempleo, en STC 130/1995 de 11 de septiembre, comentada por J.M. Galiana Moreno, en JCTSS, Tomo XIII, 1996, ref. 918.

STC 115/1987 de 7 de julio, FJ 3º.

34 STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8.

b) Los derechos y las libertades de los extranjeros en la vigente LOE³⁵

a') Derecho a la libertad de circulación y de residencia

El artículo 5.1 de la LOE reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en España, es decir en cualquiera de las situaciones administrativas previstas en la LOE, el derecho «a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial»...

En el mismo artículo 5 apartado 2 se prevé que se puedan establecer limitaciones al citado derecho en los casos de declaración de los estados de excepción y sitio, así como medidas individualizadas restrictivas, con carácter excepcional y por razones de seguridad pública, por el tiempo imprescindible y mediante resolución motivada del Ministerio del Interior que deberá ser adoptada con todas las garantías de procedimiento. Estas medidas individualizadas que, en cualquier caso, deberán ser proporcionadas podrán consistir en la presentación periódica del extranjero ante las autoridades competentes y en su alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

El artículo 19 de la CE, al regular este derecho se refiere a los «españoles», sin embargo la STC 94/1993 de 22 de marzo³⁶ (FJ 2), entiende que este derecho también debe ser reconocido a los extranjeros puesto que el artículo 13 de la CE dispone que a los extranjeros deben reconocérseles todos los derechos del Título I de la CE, si bien el Tribunal Constitucional ha dicho que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, «no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano» (FJ 3); es por tanto lícito «que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de estos derechos en función de la nacionalidad de las personas introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella» (FJ 3); limitaciones y modulaciones de estos derechos que, en todo caso, deben respetar una regulación del mismo que sea razonable y acorde con la Constitución de manera que la expulsión de un extranjero que se encuentra legalmente en España «debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la ley de extranjería u otro texto legal de igual valor»...(FJ 4); entendiendo el Tribunal Constitucional que se ve afectado este derecho cuando la Administración pretende la expulsión de un extranjero que carece de la documentación preceptiva en el supuesto de que el extranjero haya «instado su expedición» y la Administración no haya resuelto previamente «si tiene derecho o no a obtener el

35 Véase, J. Luján Alcaraz, *La reforma de la Ley de Extranjería*, Aranzadi Social, V. V. 2001, pp. 340-359.

36 Recurso de amparo 1744/1989, de la Sala 1ª, comentada por J. M. Galiana Moreno, JCTSS, Tomo XI, 1994, ref. 724. STC 115/1987 de 7 de julio, en recurso de inconstitucionalidad, en JCTSS, Tomo V, 1988, pp. 216 y ss, comentada por J. Rodríguez Zapata.

permiso de residencia pues de lo contrario vulnera el derecho fundamental que el artículo 19 CE otorga *limitadamente* a los extranjeros» (FJ 5).

La STS (CA) de 20 de diciembre de 2000, Ar. 2001/342 ha declarado que es ajustado a derecho el inciso final del apartado 1.3º del artículo 1 del RD 239/2000 de 18 de febrero³⁷ que excluye de la regularización a los extranjeros que tengan pendiente un «proceso judicial penal, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones», no infringiéndose por ello el artículo 13.1 de la CE ya que en virtud de este precepto, puesto en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha de reconocerse al extranjero el derecho a residir en España «*sin perjuicio de que la ley nacional establezca la posibilidad de fijar restricciones a la libertad de circulación y residencia por razones de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública, según ya declaramos entre otras en nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2000 (Ar. 8463)*» (FD 4º).

b') Libertades de reunión y manifestación

El artículo 7 de la LOE³⁸ dispone que este derecho se reconoce a los extranjeros, en las mismas condiciones que a los españoles se les reconoce en la ley que los regula, si bien se supedita a que obtengan «autorización de estancia o residencia en España». Este derecho, que algunos consideran inherente a la dignidad de la persona y por tanto no susceptible de ser limitado, está regulado en el artículo 21 de la CE y en el artículo 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³⁹ en los que se reconoce que puede ser limitado por la ley que lo desarrolle cuando esas limitaciones «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos».

Para el reconocimiento del derecho de reunión y manifestación a los extranjeros sin limitación alguna respecto de los españoles basta por tanto con que se encuentren en la

37 Por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros previsto en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 4/2000 de 11 de enero.

38 La LO 7/1985 de 1 de julio en su artículo 7 exigía la condición de residente solo para la promoción de una asociación.

Sobre los límites de los derechos de reunión y manifestación cuando son ejercitados por el conjunto de los ciudadanos, esto es como derecho de «proyección general», véase la STC 66/1995 de 8 de mayo, en JCTSS, Tomo XIII, 1996, comentada por M.C. Palomeque, ref. 907 y la STC 42/2000 de 14 de febrero, en JCTSS, Tomo XVIII, 2001, comentada por J. Luján Alcaraz, ref. 1125.

39 Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, Ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE del 10 de octubre) es el más notable de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos.

situación administrativa de estancia cuya duración no puede sobrepasar los noventa días.⁴⁰

La STC 36/1982 de 16 de junio en su fundamento jurídico 6 estableció ya con carácter general la naturaleza limitada de este derecho por su posible incidencia en la seguridad de los ciudadanos al decir que *«el derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público»*.

Hay que destacar que, contrariamente a lo que disponía el artículo 7 de la LOE/1985, el vigente artículo 7, no supedita el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación a la obtención con carácter previo de autorización gubernativa. El citado artículo 7.2 en su redacción actual se refiere a la necesidad de que «los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público (den) comunicación previa» de las mismas, que no es lo mismo que obtener autorización previa, «a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión»...; la obtención de autorización previa gubernativa para el ejercicio de estos derechos fue declarada contraria al artículo 21 de la CE⁴¹ por la STC 115/1987 de 7 de julio⁴² (FJ 2), argumentándose que la libertad de reunión sin necesidad de autorización previa «se convierte así en una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito» (STC 11/1981 de 8 de abril); y que al imponerse la necesidad de autorización previa se está desnaturalizando el derecho de reunión» supeditándolo «a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración» (STC 32/1982 de 16 de junio).

Obsérvese, finalmente, que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 de la LOE/1985 no afectó a la necesidad, establecida en dicho artículo, de que para el reconocimiento y ejercicio de las libertades de reunión y manifestación se exigiera que los extranjeros se hallasen legalmente en territorio español.

Como dato que puede ser oportuno traer a colación hay que decir que para este artículo se postula una nueva redacción en la que se reconocería a los extranjeros las

40 Véanse los artículos 6 y 7 del RE.

41 El artículo 21 de la CE dispone que el ejercicio del derecho de reunión no precisa de autorización previa pero sí de comunicación previa en los casos de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público que acepta que el ejercicio de este derecho pueda ser prohibido «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas y bienes».

42 Pleno, declaró inconstitucional y por consiguiente nulo el inciso «y solicitar del órgano competente su autorización» del artículo 7 de la LE/1985, en recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo.

libertades de reunión y manifestación sin ningún condicionamiento esto es con independencia de que fuera legal o no su residencia en territorio español⁴³.

En relación con el derecho de reunión caben «especialidades en cuanto a su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral... en que se requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada... para hacerlo efectivo» pues uno de los fines lícitos para los que este derecho se puede ejercitar es para la acción sindical (FJ 4)⁴⁴; en el ámbito laboral el derecho de reunión está reconocido a los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo en el artículo 4.1 f) del ET en el que se recogen los derechos básicos de los trabajadores, y está desarrollado en los artículos 77 a 80 del mismo cuerpo legal.⁴⁵ Por ser esta una manifestación del derecho de reunión que se ejercita en el ámbito de la empresa y para tratar de derechos y deberes derivados de la relación entre el titular y los trabajadores, parece razonable que el derecho a asistir y votar deba ser reconocido también a los trabajadores aunque estén en situación irregular por aplicación del principio regulado en el artículo 36.3 de la LOE; los intereses de los trabajadores, sin distinción entre legales e ilegales, está tutelado también por los órganos de representación unitaria pues el ET se refiere genéricamente al «conjunto» de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo (artículo 63.1 ET).

El derecho de reunión sindical en la empresa es otra especialidad en el ejercicio del derecho de reunión en general, reconocida en el artículo 9.1 c) de la LOLS⁴⁶ y aceptada por la jurisprudencia constitucional⁴⁷, que declara que no contraviene los artículos 21, 22 y 28 de la CE que el ejercicio de este derecho se condicione a la autorización previa y que se exija que la reunión se celebre fuera del horario de trabajo (FJ 3), en la medida en que se puede ver afectado en alguna manera el «funcionamiento de la actividad de que se trate y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa o de la Administración para hacerlo efectivo»... (FJ 3). La finalidad de estas reuniones es la realización de actividades propias no solo de un sindicato sino «del conjunto de los trabajadores», de aquí que parezca razonable admitir que puedan asistir a las mismas los trabajadores ilegales para la defensa de sus intereses cuando en esas reuniones se vaya a tratar de asuntos bilaterales de la empresa y de los trabajadores.

43 Véase la Proposición de ley del Partido Socialista Obrero Español en el Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 127-1, de 6 de abril de 2001.

44 STC 18/1981 de 8 de junio, Sala 1ª, dictada en recurso de amparo, comentada por M. Alonso Olea en JCTSS, Tomo I, 1984, pp. 29-30.

45 La LO 9/1983 de 15 de julio, excluye del derecho de reunión regulado en la misma las que celebren los sindicatos...en lugares cerrados para sus propios fines (artículo 2 c).

46 LO de libertad sindical, 11/1985 de 2 de agosto.

47 STC 91/1993 de 7 de noviembre, FJ 3, dictada en recurso de amparo, comentada por M. Alonso Olea, JCTSS, Tomo I, 1984, ref. 69.

c') Derecho de asociación

Este derecho se reconoce a los extranjeros que se encuentren en nuestro país en los términos del artículo 8, es decir con el mismo contenido y amplitud que a los ciudadanos españoles, supeditado exclusivamente a que hayan obtenido «autorización de estancia o residencia». El artículo 22 de la CE reconoce, sin distinciones, el derecho de asociación y determina en su apartado 4 que las asociaciones «solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada».

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 en su artículo 11 autoriza a que la ley que lo regula pueda establecer limitaciones a su ejercicio por las mismas razones ya expuestas respecto del derecho de reunión, en la misma línea que el artículo 13.1 de nuestra Constitución que permite el establecimiento de restricciones al ejercicio de este derecho por los extranjeros, si bien añade que, en cualquier caso, debe respetarse su contenido esencial desde las exigencias constitucionales.

Fijando ese contenido del derecho de asociación la STC 115/1987 de 7 de julio⁴⁸, dictada en recurso de inconstitucionalidad, declaró:

- que era contrario a la CE y por tanto nulo (FJ 3) el artículo 8.2 de la LOE/1985 por cuanto en el mismo se reconocía al Gobierno de la Nación la facultad de suspender por un plazo máximo de seis meses las actividades de las asociaciones que hubiesen sido promovidas e integradas mayoritariamente por emigrantes en los supuestos en que atentasen gravemente «contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles».
- que la declaración de inconstitucionalidad se basaba en que, la facultad de intervención administrativa declarando la suspensión de las actividades de las asociaciones, prevista en el artículo 8.2 de la LOE/1985, resultaba «totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros»⁴⁹. Criterio que se mantiene en la STS de 23 de noviembre de 1998⁵⁰ aplicando el artículo 8.1 de la LO 7/1985 de 1 de julio, cuando, después de declarar lícito que el derecho de los extranjeros a asociarse se supedita a la residencia legal en España, añade que la suspensión o disolución de una asociación debe ser adoptada directamente por la autoridad judicial sin que quepa retrasar la intervención de ésta al momento posterior del control judicial de la actividad administrativa⁵¹.

48 Comentada por J. Rodríguez-Zapata, JCTSS, Tomo V, 1988, ref. 245.

49 La Proposición de ley del PSOE postula el reconocimiento de este derecho a los extranjeros sin ninguna limitación salvo la de que las asociaciones sólo podrán ser promovidas por los extranjeros que estén legalmente en España.

50 Recurso 8086/1992, ponente Sr. Fernández Montalvo.

51 STS (3ª) de 12-3-99, ponente Sr. Cáncer Lalanne, recurso nº 5277/95.

- finalmente la STC 115/1985 no declaró inconstitucional el artículo 8.1 de la LOE/1985 que condicionaba el reconocimiento a los extranjeros del derecho de asociación al hecho de «que se encuentren legalmente en España».

d') Derecho a la educación

El artículo 9 de la LOE reconoce, en general, a todos los extranjeros menores de dieciocho años el derecho y el deber a la educación en las mismas condiciones que a los españoles, de conformidad con las siguientes prescripciones:

1. Los extranjeros, en cualquier caso, es decir sin tener en cuenta la legalidad de su situación, tienen derecho al acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria así como a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Por tanto en esta hipótesis no se incluye el bachillerato aunque también tiene carácter obligatorio. El artículo 27 apartados 1 y 4 de la CE reconoce el derecho a la educación a «todos» y además de manera extensiva, pero a continuación sólo se refiere a la enseñanza básica, con exclusión de los demás niveles, como obligatoria y gratuita.
2. En el caso de la educación infantil, de carácter voluntario, la LOE sólo se refiere al compromiso de las Administraciones públicas de garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.
3. Respecto de la educación no obligatoria, como es el caso de la infantil y la universitaria, se reconoce sólo a los extranjeros que sean residentes, con el mismo contenido que a los españoles; derecho que incluye el acceso a la misma, a las titulaciones académicas y al sistema público de becas y ayudas.
4. Respecto de los extranjeros que sean residentes se recoge el compromiso de los poderes públicos de promover, es decir crear o facilitar la creación, de centros destinados a impartir a los extranjeros que lo necesiten una enseñanza para su mejor integración social, «con reconocimiento y respeto a su identidad cultural».
5. Finalmente se reconoce a los extranjeros residentes, es decir que estén legalmente en territorio español, la posibilidad de acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica «de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes»; derecho que incluye la creación y dirección de centros.

e') Derecho al trabajo y a la Seguridad Social

El artículo 10 de la LOE dispone que los extranjeros que «reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al

sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». El artículo 14.1 de la misma LOE reconoce a los extranjeros que sean residentes el derecho al acceso «a las prestaciones y servicios» de la Seguridad Social en las mismas condiciones que a los españoles. Sin lugar a dudas el acceso al disfrute de estos derechos, según dispone el citado artículo, está supeditado a que el trabajador haya obtenido los permisos de residencia o estancia y la correspondiente autorización para trabajar por cuenta propia o ajena, según resulta de una interpretación conjunta y sistemática de los artículos 10, 14 y 36.1 de la LOE, de manera que bastará con que no se reúna alguno de estos requisitos para que no sea posible el acceso al disfrute de estos derechos⁵².

El derecho al trabajo, reconocido a los españoles en el artículo 35.1 del CE y el derecho a la Seguridad Social reconocido a los ciudadanos en el artículo 41, son por tanto derechos de configuración legal y han de reconocerse a los extranjeros con las limitaciones que resulten de los tratados y de la ley que los regule.

Sobre el derecho al trabajo de los extranjeros se ha dicho que su reconocimiento desigual respecto de los españoles no es contrario al principio de igualdad de trato, puesto que la igualdad depende del derecho afectado existiendo derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes (STC 107/1984 de 23 de noviembre, FJ 4)⁵³; por tanto la «*existencia de una legislación que, según la interpretación de los tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución*» (FJ 4).

Respecto del derecho a la Seguridad Social hay que afirmar que se trata también de un derecho de configuración legal que se reconoce a los extranjeros «residentes» según el artículo 14 de la LOE. La regulación de este derecho en nuestra legislación obliga a distinguir:

1. Si se trata del derecho a las prestaciones contributivas, se reconocerán a los extranjeros, en igualdad de condiciones que a los españoles, cuando «residan o se encuentren legalmente en España» y ejerzan su actividad en territorio nacional (artículo 7.1 de la LGSS/1994), es decir cuando hayan obtenido permiso de residencia o estancia y la pertinente autorización para trabajar.

El derecho a las prestaciones contributivas puede resultar igualmente de los tratados internacionales como es el caso contemplado en la STC 130/1995 de 11 de septiembre en el que inicialmente se deniega a un trabajador del mar, residente marroquí, el derecho a las prestaciones de desempleo por no estar contempladas ni en el Convenio Bilateral entre

52 El apartado 2 del artículo 10 reconoce también a los extranjeros el acceso a las ofertas laborales de las Administraciones públicas, «en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea».

Este derecho no debe ser confundido con el derecho al acceso al empleo público de los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, en la que rige la libre circulación de trabajadores, regulado en el RD 543/2001 de 18 de mayo.

53 En recurso de amparo nº 576/1983, Sala 2ª.

España y Marruecos de 6 de noviembre de 1979 ni en el Convenio nº 97 de la OIT⁵⁴; que, sin embargo, después le es reconocido con fundamento en el Reglamento 2.211/1978 del Consejo de la CEE que ha aprobado el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos firmado en Rabat el 27 de abril de 1976, cuyo artículo 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad e implica una obligación precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a un acto posterior (FJ 4); en el citado artículo se dice que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en un Estado miembro de la CEE se beneficiarán en el sector de la Seguridad Social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad; precepto que ha sido interpretado por el TJCE en la Sentencia de 31 de enero de 1991 señalando que «aquel principio de no discriminación basada en la nacionalidad implica que al interesado cumplidor de todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones de desempleo no puede denegársele la concesión de dichas prestaciones por razón de su nacionalidad»...(FJ 5).

2. En el caso de las prestaciones no contributivas los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos «que residan en territorio español» se «equiparan a los españoles» (artículo 7 apartados 3 y 5 de la LGSS/1994). En relación con los nacionales de otros países habrá que estar a lo que se disponga en los Tratados, Acuerdos y Convenios ratificados, suscritos o aprobados por España o «cuanto les sea aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida» (artículo 7.5 de la LGSS/1994)⁵⁵.

3. La doctrina judicial ha declarado que lo dispuesto en el artículo 36.3 de la LE sobre que la carencia de permiso de trabajo no invalida el contrato y surte efectos en relación con los salarios que eventualmente se adeuden al trabajador,⁵⁶ no es de aplicación en el caso de la Seguridad Social y que por tanto «la regularización administrativa de la situación del trabajador es requisito previo y necesario para la formalización de la relación jurídica de Seguridad Social sin la cual la Tesorería no puede proceder al alta en el Sistema de la Seguridad Social...; sin que proceda la afiliación obligatoria del trabajador a la Seguridad Social pues aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos reconozca el derecho a la Seguridad Social de toda persona, ello no significa, según ha declarado esta Sala en sentencia de 7-7-1998 (AS 1998/2906), que tal derecho implique el correlativo deber de un determinado y concreto Estado y no de otro, por lo que tal norma programática exige un desarrollo normativo posterior a nivel interno que no existe en España y no hay disposiciones que prevean la obligación de dar de alta en la Seguridad

54 Por Instrumento de 23 de febrero de 1967, BOE de 7-6-67; contrariamente a lo que se afirma en la STC 130/95 FJ 3, el Convenio nº 97 de la OIT sí hace referencia a la prestación de desempleo en su artículo 6.1 b).

55 Véase más extensamente, A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 22ª edición, cit. pp. 612-613.

Véase la STSJ País Vasco, de 9 de junio de 1998, AS 1998/3572, con amplia referencia a los Convenios de la OIT ratificados por España en relación con el trabajo en el mar.

56 El artículo 36.3 de la LOE hay que ponerlo en relación con el artículo 9 del ET.

Social sin permiso de trabajo y residencia»... (STSJ Madrid, de 6 de mayo de 2000, AS 3192 FD único).

4. En relación con las prestaciones de los servicios sociales el artículo 14 de la LOE distingue según que los extranjeros estén o no legalmente en España. En el primer caso, es decir cuando se trate de extranjeros «residentes», lo que parece excluir la situación administrativa de estancia, tendrán derecho «a los servicios y a las prestaciones sociales tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles» (artículo 14.2, LOE). Estos servicios y prestaciones son los referidos en el artículo 38.1 e) de la LGSS/1994 y artículos 53 a 56 de la misma ley y los que con la misma o similar finalidad se dispensen en las Comunidades Autónomas.

Si por el contrario se trata de extranjeros «cualquiera que sea su situación administrativa» esto es con independencia de que estén o no en situación regular «tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas» (artículo 14.3, LOE)⁵⁷. Algún sector de la doctrina ha calificado como servicios y prestaciones básicos los «servicios sanitarios, los educativos y los de atención social para personas en situación de especial necesidad»⁵⁸; parece sin embargo más preciso entender que dentro de la noción de servicios sociales básicos estarían incluidos los que se dispensan desde fuera del marco de la Seguridad Social dirigidos a colectivos como el de los minusválidos y el de los ancianos, cuyas normas reguladoras son respectivamente la Ley 13/1982 de 7 de abril y el RD 1856/1979, y las llamadas «rentas mínimas de inserción» establecidas en las Comunidades Autónomas con base en el artículo 148.1.20 de la CE cuyo sostenimiento está «al margen de toda obligación contributiva» (STC 76/1986)⁵⁹.

f') Libertad de sindicación y de huelga

El artículo 11.1 de la LE reconoce a los extranjeros el derecho «a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles», si bien estos derechos sólo podrán ser ejercitados «cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España». En el mismo artículo apartado 2 se reconoce a los extranjeros «cuando estén autorizados a trabajar» el ejercicio del derecho de huelga. Mientras que la libertad sindical se condiciona a la residencia legal, el ejercicio del derecho de huelga se condiciona a que se haya obtenido además de la residencia legal la condición de trabajador dotado del correspondiente permiso de trabajo.

57 Véase al respecto la Resolución de 22 de febrero de 2000, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE nº 57 de 7-3-2000).

58 AAVV, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, coord.. J.M. Campo Cabal, Civitas, Madrid, 2001, p. 121. AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, 2000, p.110.

59 A. Montoya Melgar, *Fundamentos de la Seguridad Social*, en la obra colectiva *Curso de Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 45.

El artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 dispone que «toda persona» tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y el derecho de asociación «incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»; añadiendo en el apartado 2 que «*el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública*»... etc.

El artículo 2 del Convenio nº 87 de la OIT⁶⁰ dispone que «los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las asociaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».

La CE en su artículo 28.1 dispone que «todos tienen derecho a sindicarse libremente», si bien acepta de inmediato que se pueda exceptuar y limitar este derecho en relación con determinados colectivos. En el apartado 2 se reconoce el derecho de huelga «a los trabajadores para la defensa de sus intereses».

En concordancia con lo dispuesto en la Constitución la LOLS⁶¹ en su artículo 1 precisa que la libertad sindical se reconoce a «todos los trabajadores» si bien en los apartados siguientes excluye de este derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de los Institutos armados de carácter militar, a los jueces y fiscales en activo y lo reconoce con limitaciones a las fuerzas de seguridad que no tengan carácter militar; a su vez el artículo 3 exceptúa del derecho a fundar sindicatos, aunque se puedan afiliar a los existentes, a los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores a su servicio, a los trabajadores en paro y a los trabajadores con invalidez y a los jubilados. Está claro por tanto que si la legislación española regula estos derechos fijando limitaciones para su disfrute a los mismos españoles no parece arriesgado aceptar, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales, que esas limitaciones puedan ser fijadas también en el caso de los extranjeros.

Se ha argumentado,⁶² con fundamento en el artículo 36.3 de la LOE, que los derechos de sindicación y de huelga quedan salvaguardados, en el caso de un extranjero que trabaje sin permiso de trabajo, por aplicación de la cláusula regulada en el citado artículo según la cual «la carencia de la correspondiente autorización (para trabajar) por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero»; sin embargo una lectura atenta de este artículo evidencia su sentido punitivo respecto del empresario que contrata a un trabajador en situación ilegal, y por tanto mediante contrato nulo, con la finalidad de que no pueda derivarse ningún tipo de ventaja ni enriquecimiento para el

60 Ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977, BOE de 11-5-77.

61 Ley Orgánica de Libertad Sindical, 11/ 1985 de 2 de agosto.

62 Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PSOE contra la LE (nº VI de los fundamentos jurídico materiales).

empresario basada precisamente en esa nulidad. De ahí que la citada cláusula deba ser interpretada en sentido restrictivo ciñendo su alcance a los derechos del trabajador que corresponda satisfacer al empresario en el mismo sentido del artículo 9.2 del ET. La doctrina judicial no ha admitido esa especie de subsanación en el caso de la relación jurídica de Seguridad Social para cuya existencia se ha exigido ineludiblemente la «regularización administrativa de la situación del trabajador» (STSJ Madrid, de 6 de mayo de 2000, AS 3192).

g') Derecho a la asistencia sanitaria

El derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12 LOE) está reconocido a los extranjeros mayores de 18 años «en las mismas condiciones que a los españoles» con la única condición de que estén inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente; exigencia que se adapta a lo dispuesto en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo artículo 1.2 declara que «son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».⁶³ Si son menores de 18 años se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria aunque no estén empadronados.

En el caso de enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, los extranjeros «que se encuentren en España», con independencia de que su situación sea o no regular, tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia.

Finalmente las extranjeras embarazadas sean o no trabajadoras y aunque no estén en situación regular «tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

Los extranjeros ilegales, es decir sin permiso de trabajo o simplemente sin permiso de estancia o residencia, que sea mayores de edad, tendrán derecho a la asistencia sanitaria si están empadronados, constituyendo la inscripción en el padrón municipal una obligación para toda persona que resida habitualmente en un municipio, con el efecto de hacer prueba de la residencia y del domicilio⁶⁴ aunque, a renglón seguido el artículo 18.2 de la LBRL declare que esa inscripción, en el caso de los extranjeros, «no constituirá prueba de su residencia legal ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España»; se produce una contradicción dentro de la propia LBRL, más aparente que real, cuando se afirma que la inscripción en el padrón municipal hace prueba de la residencia en el caso de los españoles pero no en el caso de los extranjeros, contradicción que hay que resolver entendiendo que lo que la LBRL quiere evitar es que del hecho de la mera residencia, entendida sin ninguna significación jurídica, se

63 STC 95/2000 de 10 de abril, dictada en recurso de amparo 3477/96 FJ 3.

64 Artículos 15 y 16 de la Ley 7/1985 de 2 de abril de Bases de Régimen Local (LBRL)

puedan hacer derivar derechos cuyo reconocimiento no corresponde a la ley sobre régimen local sino a la de extranjería.

La asistencia sanitaria a la que tendrá derecho el extranjero mayor de edad y empadronado se reconoce «en las mismas condiciones que a los españoles» por lo que se extenderá a toda clase de prestaciones, estando condicionada tan solo a que el extranjero, al igual que los españoles, justifique la carencia de «recursos económicos suficientes» y podrá ser reconocida de oficio o a solicitud de los interesados» (artículos 1, 2 y 3 del RD 1088/1989 de 8 de septiembre).

En relación con la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros la jurisprudencia constitucional ha dicho que aunque no se ve afectado por el hecho de que sean reconocidos con el alcance de la ley que los regule, ello no quiere decir que hayan de ser interpretados en sentido restrictivo ni que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros sino que supone, únicamente, que son derechos de configuración legal (STC 95/2000 de 10 de abril, F J 3); en esta línea se ha dicho que el derecho a la asistencia sanitaria del artículo 43 de la CE de una extranjera debe ser reconocido «en las condiciones fijadas en las normas correspondientes» (FJ 3), que en el caso de autos son la LOE/1985 y las normas que rigen la prestación sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social que extienden esta prestación, en calidad de beneficiaria, a la pareja de hecho de un trabajador, dado de alta en dicho régimen, al haber sido asimilada al cónyuge por la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 recogida en la Circular del INSS de 18 de febrero de 1985.

La denegación del derecho a la asistencia sanitaria a la Sra. Lobodan, de nacionalidad rumana, como beneficiaria de su pareja de hecho, se había basado inicialmente en la carencia de la autorización de residencia y de visado cuestión que estaba pendiente de resolución judicial sobre su exención definitiva; en tales circunstancias dice el tribunal constitucional «no puede razonablemente concluirse, a los estrictos efectos del reconocimiento a ser beneficiaria del derecho a la asistencia sanitaria, que la compañera del recurrente se encontrase ilegalmente en nuestro país por más que su situación fuera entonces provisional» (FJ 5).

La doctrina judicial reciente (STSJ Valladolid, de 4 de diciembre de 2000, AS, 2001/308) ha interpretado con amplitud el derecho de los extranjeros, que trabajen por cuenta ajena, a la asistencia sanitaria, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional sufrido por un trabajador colombiano que carecía de permiso de residencia y de trabajo y que no había sido dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social; en estas circunstancias, dice la sentencia, aunque el contrato de trabajo ha de estimarse nulo por falta de capacidad legal para trabajar, el trabajador tiene derecho,

«a la asistencia sanitaria y a la protección prevista frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en virtud de la reciprocidad tácita o expresa a que se refiere el artículo 1º. 4 b) de la OM de

28 de diciembre de 1966⁶⁵ y que considera reconocida en todo caso respecto de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional y, ello, aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal conforme establece el artículo 10.3 de del Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre... De no ser así se produciría un fraude en el empleo que posibilitaría la ocupación de extranjeros en situación irregular en territorio español eludiendo la normativa de contratación y en perjuicio tanto del propio extranjero como de la política de empleo y de financiación de la Seguridad Social y, además, no se podría sancionar por la autoridad administrativa a aquellas empresas que contratasen trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo privando de eficacia a los preceptos sancionadores de la ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social, al encontrarse supeditadas las facultades sancionadoras a la declaración judicial de la existencia de una relación laboral previa» (FJ 2)

La presente sentencia se basa en la consideración de que los trabajadores extranjeros se equiparan a los españoles a efectos de las prestaciones de incapacidad temporal, incluidas las sanitarias, derivadas de accidente de trabajo dentro del régimen general, por el mero hecho de trabajar y ser residentes es decir de tener su domicilio en España, aunque no dispongan de la autorización de residencia ni del permiso de trabajo según se exige en la LOE.

Según la sentencia el fundamento jurídico de ese reconocimiento está en el artículo 10.3 del Decreto 2766/1967 que dispone textualmente que «aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal, la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, aun en el caso de tratarse de un menor de 14 años, tendrá derecho a la asistencia sanitaria», disposición que se considera aplicable al contrato de trabajo celebrado por un extranjero sin permiso de residencia.

También podría considerarse de aplicación a ese supuesto el artículo 1 del Convenio nº 19 de la OIT⁶⁶ que obliga a los Estados que lo ratifiquen a conceder a los nacionales de cualquier otro Estado que lo hubiera ratificado y que fueran víctimas de accidente de trabajo «el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales».

Hay que tener en cuenta también que es principio general en nuestra legislación que la responsabilidad en orden a las prestaciones recae en el empresario que ha incumplido

65 Este artículo que no ha sido derogado dispone que están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social en cuanto reúnan las condiciones del número 1 de este artículo excepto la relativa a la nacionalidad:

«b) Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional».

66 Ratificado por España por Instrumento de 24 de mayo de 1928 (Gaceta de 26-5-28).

sus obligaciones según los artículos 93.3 y 94.2 a) de la LSS/1966; y finalmente que según el artículo 29.2 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social⁶⁷, hay que considerar en alta de pleno derecho a los trabajadores por cuenta ajena a «efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y desempleo aunque su empresario hubiese incumplido sus obligaciones al respecto. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común maternidad, riesgo durante el embarazo y accidente no laboral».

VI. Derecho sancionador laboral de la LOE

A pesar de la voluntad unificadora de las infracciones y sanciones del orden social de la que es reflejo la LIS/2000, la LOE incorpora un conjunto de infracciones y sanciones de contenido laboral al margen de aquélla, (reguladas en el Título III, artículos 50 a 66⁶⁸), conjuntamente con las infracciones de policía gubernativa, al servicio todas ellas de una política de inmigración en la que los aspectos laborales aunque relevantes no son los de más trascendencia.

Las infracciones de la LOE sobre permiso de trabajo concurren con las previstas en el artículo 37 de la LIS/2000. Habrá que entender que el citado artículo, en esa materia, ha sido derogado tácitamente por la nueva legislación, ya que la LIS/2000 no incorporó las infracciones en materia de trabajo de extranjeros al no hacer referencia su disposición derogatoria a la ley 4/2000, por entender, quizás, que las infracciones sobre régimen jurídico de los extranjeros forman un grupo sancionador independiente.

A las empresas que contraten legalmente a trabajadores extranjeros y a estos mismos trabajadores les son de aplicación las infracciones y sanciones previstas en nuestra legislación. Básicamente en la LIS/2000, al quedar equiparados los extranjeros con permiso de residencia permanente a los trabajadores nacionales (artículo 32.1 de la LOE).

Conviene señalar que en el artículo 23 de la LOE se recoge el compromiso especial de los poderes públicos de combatir todas las acciones discriminatorias, tanto directas como indirectas, que puedan sufrir los trabajadores extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español.

67 Aprobado por RD 84/1996 de 26 de enero, modificado por el RD 1251/2001 de 16 de noviembre (BOE del 17).

68 Desarrolladas por el RE capítulo IV, artículos 92 a 139; la sección 3ª de este capítulo lleva por título: Infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral.

a) Infracciones y sanciones laborales

Las infracciones laborales específicas de la LOE están clasificadas en leves, graves y muy graves incurriendo en responsabilidad administrativa los infractores y todos los que participen en las mismas por cualquier título⁶⁹.

- La *infracción leve* del artículo 52 c) se refiere al extranjero que se encuentre en España «sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia cuando se cuente con el permiso de residencia temporal».
- La *infracción grave* del artículo 53 b) tipifica el incumplimiento de quienes se encuentren «trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no se cuente con autorización de residencia válida». Incumplimiento que aunque no distingue entre trabajadores por cuenta ajena y propia va referido exclusivamente a estos últimos por disponerlo así expresamente el artículo 55.2 de la LOE.
- La *infracción grave* del artículo 53 e) se produce «por la comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado (el trabajador) por dos faltas leves de la misma naturaleza».
- La *infracción muy grave* del artículo 54.1 d) está referida a los empresarios por «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una sanción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados».
- La *infracción muy grave* del artículo 54.1 e) en la que incurrirá el trabajador por cuenta ajena o propia que cometa «una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza».

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años, y las leves a los seis meses⁷⁰.

A las infracciones señaladas les corresponden una sanciones que consisten en multas clasificadas en grado mínimo, medio y máximo⁷¹:

- las leves, en su grado mínimo, con multa de 5.000 a 10.000 pesetas (30'05 a 60'10 euros); en su grado medio, de 10.001 a 25.000 pesetas (60'11 a 150'25 euros), y en su grado máximo, de 25.001 a 50.000 pesetas (150'26 a 300'51 euros).
- las graves, en su grado mínimo, con multa de 50.001 a 200.000 pesetas (300'52 a 1.202'02 euros), en su grado medio, de 200.001 a 500.000 pesetas (1.202'03 a 3.005'06 euros) y en su grado máximo, de 500.001 a 1.000.000 de pesetas (3.005'07 a 6.010'12 euros).

69 Artículo 51 de la LOE.

70 Artículo 56 de la LOE.

71 Véanse los artículos 55 de la LOE y 134 del RE.

- las muy graves, en su grado mínimo, con multa de 1.000.001 a 2.000.000 de pesetas (6.010'13 a 12.020'24 euros), en su grado medio, de 2.000.001 a 5.000.000 de pesetas (12.020'25 a 30.050'61 euros) y en su grado máximo, de 5.000.001 a 10.000.000 de pesetas (30.050'62 a 60.101'21 euros).

En el caso de las infracciones previstas en el apartado b) del artículo 53, es decir en el caso de trabajadores autónomos que estén trabajando sin permiso de trabajo ni autorización de residencia válida, y en el caso del apartado 1 d) del artículo 54, es decir de empresarios que contraten a trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el permiso de trabajo, cuando el empresario infractor sea extranjero, se deberá hacer constar expresamente en el acta de infracción que inicie el procedimiento sancionador, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 57.1 de la LOE, el órgano competente para resolver podrá aplicar la sanción de «expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa», consignándose en la resolución que se dicte el fundamento que justifique el cambio de sanción y sin que en ningún caso quepa imponer conjuntamente la sanción de expulsión y multa⁷².

La sanción de expulsión, por su gravedad, es la que ha planteado una mayor problemática. Así la jurisprudencia ha fijado, entre otros, los siguientes criterios en relación con la misma:

- no procede la expulsión del territorio español de un extranjero basada en el hecho de encontrarse en situación ilegal, impuesta a pesar de que la Administración no le había resuelto la solicitud de permiso de trabajo encaminada a legalizar dicha situación que no podía denegarle (STS (3^a) de 22-7-2000, ponente Sr. Peces Morate, recurso 1904/96).
- tampoco procede la expulsión de un extranjero casado con español o española sin haberle dado la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de residencia pues de lo contrario se impediría la convivencia marital eludiendo el principio constitucional de protección a la familia del artículo 39 de la CE (STS (3^a) de 1-7-2000, ponente Sr. Peces Morate, recurso 2702/1996).
- procede la expulsión de extranjero por carecer de medios de vida correspondiendo al imputado probar que dispone de un medio de subsistencia (STS(3^a) de 3-6-2000, ponente Sr. Peces Morate, recurso n^o 654/96. STS(3^a) de 15-7-2000, ponente Sr. Peces Morate, recurso n^o 2123/96).
- la expulsión del cónyuge extranjero no afecta al derecho a la intimidad familiar protegido por el artículo 18 de la CE ya que no se invade la esfera privada e íntima de la familia sino que meramente se suspende la convivencia (STS (3^a) de 1-7-2000, ponente Sr. Peces Morate, recurso n^o 2702/1996).
- no se conculca el derecho a la presunción de inocencia en caso de expulsión por falta de permiso de trabajo puesto que tal hecho quedó patentizado por la actuación de la policía y por el acta de la Inspección de Trabajo que goza de presunción

72 Artículo 55.2 57.3 de la LOE y 134.5 del RE.

de certeza (STS (3^a) de 30-1-93, ponente Sr. Murillo Martín de los Santos. STS (3^a) de 7-6-93, ponente Sr. Murillo Martín de los Santos).

- no procede la expulsión por el mero hecho de realizar actividades de alterne pues tal apreciación subjetiva de la Administración es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo en este caso la carga de la prueba a la Administración (STS (3^a) de 4-12-95, ponente Sr. Conde Martín de Hijas, recurso n° 269/93).
- procede la expulsión en el caso de haberse acreditado que la extranjera carecía de permiso de trabajo sin que pueda alegarse que se haya vulnerado el derecho a la libre circulación (STS (3^a) de 18-9-90, ponente Sr. Cáncer Lalanne).
- se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando la Administración no realiza una mínima actividad probatoria mediante la que se acredita que el súbdito extranjero estaba trabajando sin permiso que es el elemento configurador del tipo (STS (3^a) de 25-11-93, ponente Sr. Murillo Martín de los Santos).
- no resulta violado el principio de tipicidad por la expulsión de una extranjera en actividades de alterne con el fundamento de que carece de medios lícitos de vida, ni resulta desproporcionada la sanción, pues la circunstancia de carecer de medios lícitos de vida «aparece perfectamente definida y cumple con las exigencias de «lex certa» sin que de ella pueda predicarse vaguedad»...no constituyendo por ello, como alega el recurrente, una cláusula abierta contraria al principio de legalidad. (STS (3^a) de 15-7-2000, ponente Sr. Peces Morate, Ar. 6125); STS (3^a) de 3-6-2000, ponente Sr. Peces Morate, n° recurso 654/96). La utilización de conceptos como «actividades contrarias a los intereses españoles» exige una mínima actividad probatoria (STS (3^a) de 23-11-2000, ponente Sr. Maurandi Guillén, recurso n° 4333/1996).
- procede suspender la expulsión, basada en actividades contrarias al orden público, de un ciudadano comunitario que convive con española, tramitada en pieza separada, pues la existencia de tales actividades debe implicar «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida»... (STS (3^a) de 27-11-2000, ponente Sr. González Navarro, recurso n° 1762/1997).

Las sanciones expuestas se graduarán en atención al grado de culpabilidad del sujeto infractor, daño producido o riesgo derivado de la infracción, y trascendencia de ésta, aplicando en todo caso el principio de proporcionalidad⁷³; en el caso de las sanciones económicas, para determinar su cuantía, se tendrá «especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor»⁷⁴.

73 Artículos 55.3 y 134. apartados 3 y 4 del RE.

74 Artículo 55.4 de la LOE.

En el caso de la infracción prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 54 la autoridad gubernativa podrá adoptar, sin perjuicio de la sanción que corresponda, como sanción adicional, la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años, debiendo consignarse en la resolución correspondiente los motivos de la misma⁷⁵.

Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año. Si la sanción fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años⁷⁶.

b) Vigilancia laboral y procedimiento sancionador

La LOE encomienda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia en materia de trabajo de extranjeros en desarrollo de las competencias y funciones que tiene atribuidas en su normativa específica de conformidad con lo dispuesto en la Ley 42/1997 de 14 de noviembre. Para el mejor desempeño de estas competencias se establece la comunicación interorgánica de infracciones, es decir la obligación que se impone a las autoridades gubernativas y policiales de poner en conocimiento de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales, los hechos que conozcan y que puedan constituir infracciones laborales en materia de trabajo de extranjeros⁷⁷.

El *procedimiento sancionador*⁷⁸ se iniciará mediante acta de infracción que será notificada por la Jefatura de la Inspección de Trabajo competente por razón del territorio, pudiéndose formular alegaciones contra la misma en el plazo de quince días. Bajo la ordenación del Jefe de la Inspección se seguirá el procedimiento y si se formulan alegaciones podrá pedir informe ampliatorio al funcionario que practicó el acta, siendo preceptivo este informe si en las alegaciones se «invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma o indefensión por cualquier causa»⁷⁹.

Instruido el expediente el Jefe de la Inspección lo elevará, con la propuesta de resolución, al Subdelegado del Gobierno o al Delegado, en el caso de Comunidades

75 Artículo 55.6 de la LOE.

76 Artículo 56 de la LOE.

77 Artículos 133 y 134 del RE.

78 El apartado 12 del artículo 134 del RE dispone que el procedimiento sancionador se ajustará al procedimiento especial previsto en el RD 928/1998 de 14 de mayo y subsidiariamente al procedimiento común de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

79 Artículo 134.8 del RE.

uniprovinciales, a los que la ley atribuye la potestad sancionadora, en la que se «fijarán de manera motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción»... y, en su caso, la motivación de la sanción accesoria de clausura del establecimiento⁸⁰.

La autoridad que ostenta la potestad sancionadora, previas las diligencias que estime necesarias, dictará resolución en el plazo de diez días desde la finalización de la tramitación del expediente⁸¹; contra estas resoluciones podrá interponerse, por conducto de la Inspección Provincial de Trabajo, recurso de alzada ante la Dirección General de Ordenación de las Migraciones en el plazo de un mes, computándose a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación de la resolución, prorrogándose al primer día hábil siguiente cuando el último sea inhábil.

En el supuesto de expulsión del apartado b) del artículo 53, a que se ha hecho referencia, en el acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión se hará constar el derecho a la asistencia jurídica gratuita del interesado si careciera de recursos económicos, el derecho a intérprete si no conoce la lengua española, que será gratuito si careciera de recursos, y que el acuerdo de expulsión conllevará la prohibición de entrada en España por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez, que será extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido; así mismo se podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer y, entre ellas, la retirada en su caso del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad⁸².

80 Artículo 134 apartados 7 a 12 del RE.

81 Artículos 134.10 del RE y 20 del RD 928/1998 de 14 de mayo.

82 Artículos 115, 116 y 117 del RE.