

APUNTES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO NO COMUNITARIO EN ESPAÑA

MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR *

El objeto de este estudio es analizar «grosso modo» el estatuto jurídico laboral del extranjero no comunitario, atendiendo principalmente a la situación de los extranjeros sin permiso de trabajo. Por razones de espacio me limitaré a señalar las cuestiones que por su importancia merecen mayor atención y aquéllas cuyo análisis me ha interesado particularmente.

The object of this study is to analyze «grosso modo» the legal status of foreign workers from third countries, paying special attention to foreigners without a work permit. For reasons of space, I will only point out those issues which deserve greater attention and those which I have found of particular interest.

* La autora se doctoró en Derecho con la Tesis: «El Trabajador No Comunitario En España: Análisis Constitucional y Régimen Jurídico.»

I. INTRODUCCIÓN

Extranjero, según el diccionario de la Real Academia es «aquél que viene de país de otra soberanía. Natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra». Sin embargo, para el Derecho y según el artículo 1 de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la Ley de Extranjería (LOE), «se considera extranjero, a los efectos de aplicación de la presente ley, a quienes carezcan de la nacionalidad española».

La sola definición del concepto de extranjero por la vía negativa (el que no es nacional) da una idea de lo que va a ser su tratamiento en el ámbito jurídico: la negación, la exclusión, la excepción. El Derecho de cada Estado tiene como destinatario, en principio, a sus ciudadanos. Para los extranjeros se reserva una serie de reglas que suelen ser excepciones a los derechos de los ciudadanos o negación de los mismos. En términos generales, para los Derechos Estatales el hombre es el ciudadano, los derechos del hombre se conciben como derechos del ciudadano. Aunque debe destacarse que la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros alcanza cotas cada vez mayores fundamentalmente por la labor del Derecho Internacional. En efecto, frente a los Derechos internos de cada país el Derecho Internacional ha promovido el reconocimiento de derechos a los extranjeros desde la concepción de los mismos como derechos del hombre con independencia de su residencia.

¿Porqué desde mediados de los ochenta la inmigración ocupa más tiempo en los informativos, más espacio en los periódicos y más estudios? Inmigración ha habido siempre. Ha sido su incremento lo que la ha convertido en centro de atención. Lo particular de esta época es que el fenómeno de globalización económica, que suprime barreras para la expansión de los mercados, provoca no sólo movimiento de capitales sino también de mano de obra. El in-

crecimiento de los movimientos migratorios no se ve acompañado de una supresión de fronteras para las personas (como sí se suprimen progresivamente para capitales y mercancías), más bien al contrario, los Estados, fundamentalmente los del centro del sistema, dificultan la entrada de los extranjeros provenientes de los países periféricos. Ello ha dado lugar a la aparición de un fenómeno que al menos en su cuantía es nuevo: la inmigración ilegal.

El fenómeno migratorio se convierte así en uno de los grandes desafíos para la civilización actual poniendo en jaque los fundamentos en los que se apoyan los ordenamientos jurídicos modernos: la soberanía nacional y la ciudadanía. Puesto que la globalización económica que lo provoca no funciona con parámetros de nacionalidad. Por ello, este fenómeno va a focalizar las tensiones entre dos polos. En un extremo, el principio de soberanía nacional en la defensa y ordenación del mercado de trabajo y el inevitable deber de controlar y encauzar la entrada y permanencia de los extranjeros y, en otro extremo, la universalidad de los derechos humanos, la tendencia a un pleno reconocimiento de los derechos de la persona independientemente del lugar donde se encuentre. Una manifestación de lo que se acaba de decir es la divergencia entre las proclamaciones de derechos a nivel internacional y las políticas migratorias y las normativas administrativas al respecto enfocadas hacia el cierre de fronteras. Y en este contexto se encuentra, obviamente, España.

El presente estudio quiere mostrar a grandes rasgos los diversos ordenamientos jurídicos que inciden en el estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero no comunitario en España, pero también quiere mostrar sus carencias e incoherencias.

II. LOS EXTRANJEROS Y EL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional es el primero que se ocupa de garantizar los derechos de los extranjeros. Fue a través de tratados, primero bilaterales y luego multilaterales, como los Estados acordaron el reconocimiento de los derechos de sus ciudadanos en el territorio de los otros Estados firmantes. Ello dio lugar, con el tiempo, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

En España el Derecho Internacional y en particular los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por ella ratificados van a tener una especial importancia. La razón principal es que el artículo 13 de la Constitución Española (CE) señala que los extranjeros tendrán los derechos que la Constitución reconoce en los términos que determinen *los tratados* y la ley (la cursiva es mía).

Ahora bien, los Tratados ratificados por España¹ parten de la reserva absoluta a la soberanía de cada Estado para

¹ El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el protocolo facultativo, aprobados por la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 1966, y ratificados por España el 27 de abril de 1977, (*BOE* de 30 de abril). El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, firmado en Roma en 1950, y siete de sus once protocolos adicionales firmados y ratificados por España en distintas fechas. España ratificó el Convenio y los Protocolos Adicionales números 3 y 5, el 4 de octubre de 1979 (*BOE* del 10). El Protocolo número 2 ha sido ratificado el 6 de abril de 1982 (*BOE* del 10 de mayo y 2 de junio). El número 6 fue firmado el 28 de abril de 1983 y ratificado el 20 de diciembre de 1984 (*BOE* de 17 de abril de 1985). El Protocolo número 8 se firmó el 19 de marzo de 1985 y su ratificación se encuentra publicada en el *BOE* de 11 de noviembre de 1989. El instrumento de ratificación del protocolo adicional número 1 se publicó en el *BOE* de 12 de enero de 1991. El Protocolo número 11 también ha sido ratificado y ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998. Los Protocolos número 4 y número 7 han sido firmados pero no ratificados el 23 de febrero de 1978 y el 22 de noviembre de 1984 respectivamente. La Carta Social Europea

determinar las condiciones de entrada y residencia en su territorio. Con los mismos en la mano, no puede hablarse de un derecho de entrada en cualquier país distinto del propio. Es más, el disfrute de la mayoría de los derechos proclamados en estos tratados requiere de la legalidad de la residencia. Los extranjeros indocumentados solamente serán titulares de los llamados derechos del *standard* mínimo internacional que son los imprescindibles a la dignidad humana. Esto es, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad religiosa, a la libertad y seguridad personales, a la intimidad, a la libre expresión, a la legalidad penal, a la defensa y a la presunción de inocencia y todos los derechos integrantes de una protección judicial adecuada.

Pero además, en coherencia con la libertad de todo Estado para determinar las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros, los Tratados referidos a trabajadores migrantes reconocen esta misma libertad para determinar las condiciones de acceso al empleo. Así, el

de 1961, ratificada por España mediante instrumento de 29 de abril de 1980 (*BOE* de 26 de junio). El Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, realizado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 (*BOE* de 18 de junio de 1983). Estos últimos Convenios tiene un ámbito subjetivo limitado. Se aplican sólo a los extranjeros ciudadanos de una de las partes contratantes que se hallen legalmente en el territorio de otra de las partes contratantes (Disposición I del Anexo de la Carta y art. 1.1 del Convenio). Teniendo en cuenta, que la mayoría de los Estados-parte de la Carta Social Europea son miembros de la Unión Europea, lo en ella dispuesto tendrá virtualidad únicamente para ciudadanos de Estados miembros del Consejo de Europa no miembros de la Unión Europea.

En el ámbito de la OIT, España se encuentra vinculada por numerosos Convenios. Entre ellos destaca, el Convenio 19 de 1925, de igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo (ratificado el 24 de mayo de 1928, *Gaceta* del 26) y el Convenio 97 de 1949, ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (*BOE* del 7 de junio), relativo a trabajadores migrantes. Igualmente, existen preceptos en diversos Convenios que contienen disposiciones que afectan a trabajadores migrantes, especialmente en materia de seguridad social.

Convenio 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, distingue entre el acceso al empleo y las condiciones de trabajo, reconociendo únicamente la igualdad de nacionales y extranjeros respecto de estas últimas (art. 6), derecho que, además, se vincula a la presencia legal del extranjero en el Estado.

España, por lo dispuesto en los tratados que ha ratificado, puede establecer libremente las condiciones de entrada, residencia y acceso al trabajo pero debe garantizar una igualdad en las condiciones de trabajo de los extranjeros que trabajan legalmente en su territorio.

III. LOS EXTRANJEROS Y EL DERECHO COMUNITARIO

Los sujetos del Derecho Comunitario son, en línea de principio, los «ciudadanos europeos», los extranjeros no comunitarios no han sido, salvo excepciones y hasta hace pocos años, objeto de regulación.

Aún así, tres son los ámbitos del Derecho Comunitario que inciden en la condición jurídica del trabajador extranjero si bien con diferente énfasis y nunca como un conjunto de normas coherente que conforme un estatuto jurídico.

De un lado, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios. De otro lado, los Tratados que la Comunidad ha firmado con terceros Estados. Finalmente, las normas relativas a la libre circulación de personas, uno de los objetivos principales de la Unión Europea de indudable importancia para los extranjeros residentes en los Estados miembros.

1. Las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE) no considera a los nacionales de terceros Estados. Los derechos que se atribuyen a los nacionales de los Estados miembros (la libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios y establecimiento) no son extensibles a los extranjeros de terceros Estados². En particular, y respecto a la libre circulación de trabajadores, la Comisión se encargó de señalar que era un derecho de los ciudadanos comunitarios únicamente³, pese a algunas interpretaciones que consideraron que estaba destinada a todos los residentes de los Estados miembros independientemente de su nacionalidad.

Únicamente en el capítulo relativo a la libre prestación de servicios el artículo 59.2 del TCE que pasará a ser el artículo 49.2 tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, prevé que los beneficios de esta libertad pudieran aplicarse a los nacionales de terceros Estados. Sin embargo, esta posibilidad no ha sido hasta ahora utilizada. En relación con esta libertad, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), en los Asuntos *Seco*, *Rush Portuguesa* y *Vander Elst*, ha considerado que la libre prestación de servicios significa que las empresas de un Estado miembro que contraten a nacionales de terceros Estados y que presten servicios en otro Estado miembro no deberán solicitar permiso de trabajo, ni hacerse cargo de las coti-

² Salvo si se trata de familiares de los «ciudadanos comunitarios» a los que los Reglamentos y Directivas de desarrollo de la libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios les confieren los derechos de residencia y acceso al empleo en igualdad de condiciones que los nacionales. Los derechos de los familiares de los nacionales de los Estados miembros, cualquiera que sea su nacionalidad, se regulan en España en el Régimen Comunitario.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento, de 8 de mayo de 1992. SEC (92) 877 final.

zaciones de la seguridad social de dichos trabajadores en el Estado donde se presta el servicio. Un trabajador no comunitario empleado en una empresa establecida en un Estado miembro que presta un servicio en otro Estado miembro, sólo necesitará un visado para entrar y trabajar en dicho Estado pero ningún requisito adicional más.

Por tanto, los únicos derechos reconocidos en esta materia a los nacionales de terceros Estados son los derivados de la libre prestación de servicios. Sin embargo, su finalidad no es atribuirles un derecho sino que las empresas no vean perturbada la posibilidad de prestar sus servicios en el territorio de otro Estado miembro.

2. Los Tratados celebrados entre la comunidad y terceros estados

Existen numerosos Tratados celebrados entre la Comunidad Europea y terceros Estados (con Turquía, Marruecos, Argelia, Túnez, Hungría, Polonia, la República Checa y Eslovaquia, Bulgaria, Rumanía y Rusia entre otros) que regulan derechos de los trabajadores nacionales de estos Estados y de sus familiares residentes en alguno de los Estados miembros. El Acuerdo con Turquía es el que desarrolla más derechos en el ámbito laboral, sobre todo respecto del acceso al empleo. Del mismo modo reconoce el derecho a la igualdad de trato de condiciones de trabajo y en materia de seguridad social⁴. Estos derechos también son reconocidos en los Acuerdos con los países del Magreb. Ahora bien, la igualdad de condiciones se circunscribe al Estado de residencia del extranjero, no significa una atribución de la condición de «trabajador comunitario», titular de la libre circulación de trabajadores.

Por el contrario, los Acuerdos con los países de Europa del Este prevén, en su calidad de Acuerdos antesala de la

⁴ Los derechos derivan del desarrollo del Acuerdo por el Consejo de Asociación del mismo. En particular los derechos en materia de empleo derivan de las Decisiones del Consejo de Asociación 2/76 y 1/80.

incorporación de estos países a la Unión Europea, junto a la igualdad de condiciones de trabajo, ciertos derechos concernientes a la libre circulación de trabajadores y prestación de servicios de alcance limitado.

Los anteriores Tratados suponen un pequeño paso adelante respecto al reconocimiento de los derechos de los trabajadores de algunos terceros Estados. Sin embargo, circunscriben el ejercicio de estos derechos al territorio de los Estados miembros, salvo en alguno de los Tratados con países del Este.

3. La libre circulación de personas

La relativa o más bien escasa atención de que han sido objeto los nacionales de terceros Estados por el Derecho Comunitario desaparece cuando se trata del objetivo comunitario de la libre circulación de personas. En esta materia sí pueden encontrarse normas que afectan a estos extranjeros como colectivo. Ahora bien, se mantiene la tendencia a no conferirles un estatuto jurídico.

La libre circulación de personas, cuyo punto de partida es el Acta Única Europea (AUE) de 1986, significa que los Estados miembros se comprometen, en teoría, a hacer desaparecer los controles fronterizos entre los Estados miembros y que tales controles se trasladen a las fronteras exteriores de la Comunidad. La creación de este espacio sin fronteras interiores requiere, entre otras medidas, una armonización de las legislaciones estatales en materias tales como el contenido de los controles fronterizos que se practican y las condiciones de entrada y circulación de los nacionales de terceros Estados en el conjunto del territorio de los Estados miembros, la política de visados y el derecho de asilo, así como las condiciones de residencia y ejercicio de actividades económicas. La Comunidad debe dotarse de una política común respecto a los nacionales de terceros Estados.

Pues bien, las distintas concepciones sobre el proceso de integración europea de los Estados miembros y sus reservas a ceder la soberanía a la Comunidad en lo que es la admisión de extranjeros en su territorio y en la determinación de las condiciones de trabajo, provoca que todas estas cuestiones, necesarias para la libre circulación de personas, se excluyan del ámbito comunitario. Paradójicamente los Estados sí tratan todo ello en el ámbito intergubernamental. Algunos de los Estados miembros celebran Tratados entre sí donde acuerdan las medidas necesarias para la desaparición de las fronteras interiores pero, repito, fuera del ámbito competencial comunitario. El ejemplo paradigmático de los Tratados a nivel intergubernamental es el Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación⁵. En este campo lo urgente es la efectiva realización de la libertad de circulación por lo que se aparta todo planteamiento acerca de la atribución de derechos o el establecimiento de un estatuto jurídico para los extranjeros. La finalidad del Convenio es asegurar la libre circulación de ciudadanos europeos y limitar al máximo la entrada de nacionales de terceros Estados. El Convenio de Schengen se limita a establecer unas

⁵ El Acuerdo de Schengen fue firmado el 14 de junio de 1985 por Francia, Alemania y Benelux que dio lugar a la firma el 19 junio de 1990 del Convenio de aplicación del Acuerdo con el fin de dotarle de eficacia jurídica. España firmó al Convenio el 25 de junio de 1991, junto con Portugal; Italia lo había hecho el año anterior, el 27 de noviembre de 1990; y el 6 de noviembre de 1992 lo hizo Grecia. En la reunión del Comité ejecutivo de Schengen el 19 de diciembre de 1996, se estableció la fecha de octubre de 1997 para la eliminación de controles en las fronteras de Italia, Grecia y Austria con los otros Estados Schengen. Se firmaron protocolos y acuerdos de adhesión con Dinamarca, Finlandia y Suiza. Del mismo modo se firmó un Acuerdo de cooperación con Islandia y Noruega. Los Estados miembros de Schengen son Alemania, Austria, Benelux, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia y Portugal. Sin embargo, sólo se aplica en Alemania, Benelux, Francia (parcialmente), España y Portugal. Debido a los procesos de ratificación y a la saturación del Sistema Informático de Schengen (S.I.S), la base de datos en la que se encuentran los datos e incidencias relativas a los extranjeros que cruzan las fronteras de los Estados firmantes, los nuevos miembros del Acuerdo y los Estados asociados no podrán aplicar el Convenio de Schengen hasta el año 1999 o 2000.

severas condiciones de entrada en su territorio (formado por el de los Estados parte del Tratado), acumulación de los requisitos de entrada de todos los Estados firmantes. Salvo contadísimas excepciones, un extranjero que no los cumpla no podrá obtener un permiso de residencia o trabajo en alguno de los Estados parte del mismo. Igualmente, la expulsión de un país puede significar la prohibición de entrada en todo el territorio Schengen. Aparte de ello, el Convenio reconoce a los extranjeros residentes en alguno de los Estados Schengen una libertad de circulación por el territorio de los demás Estados firmantes por un período de 3 meses. Las disposiciones de este Convenio en materia de entrada y residencia han sido incorporadas al Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (RE).

El Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea, TUE) no logró romper la tendencia a tratar las cuestiones migratorias en el nivel intergubernamental. Sólo un artículo del Tratado, el artículo 100 de Convenio, confiere competencias a la Comunidad para determinar los terceros Estados cuyos nacionales deben estar provistos de visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Esta lista fue establecida por el Reglamento 2317/95, de 25 de septiembre. Las demás cuestiones relativas a la inmigración se incluyen en el Título VI, el llamado Tercer Pilar, relativo a la cooperación en los asuntos de Justicia e Interior, que no confiere competencias a la Comunidad sino a los Estados. El Consejo únicamente tiene facultades relativas a «*adoptar posiciones comunes*» o «*acciones comunes*» y promover la celebración de Convenios entre los Estados (art. K 3 del TUE) sobre las materias de «*interés común*» enumeradas en el artículo K.1 del TUE y entre las que están las cuestiones migratorias. El resultado fue mínimo. Las posibilidades abiertas por el Título VI no se desarrollaron, lo que hizo que este Título fuera uno de los más criticado por inútil en los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental de 1996 que dio lugar al Tratado de Amsterdam.

El Tratado de Amsterdam, en contraste con su antecesor, otorga claras competencias a la Comunidad en materia migratoria y lo hace a través de dos medios. Comunitariza el Tratado de Schengen haciendo competente a la Comunidad en las materias en él reguladas y modifica el Título VI del que excluye lo relativo a los nacionales de terceros Estados, creando el Título IV, encuadrado en el Primer Pilar, relativo a «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la Libre circulación de personas». En concreto el artículo 63 señala que «El Consejo, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 67, adoptará, (...) 3) medidas sobre políticas de inmigración en los siguientes ámbitos: a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar. (...) 4) medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros».

En este último sentido, desde diversas instancias se insiste en la necesidad de una política conjunta de inmigración que extienda los derechos derivados de la libertad de circulación —entre ellos los de libre circulación de trabajadores— a los nacionales de terceros Estados⁶. Es más, estas propuestas llegaron al grupo de reflexión encargado de los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental de 1996⁷. Sin embargo, no se sabe a ciencia cierta si la residencia de la que trata el artículo 63 es en sentido

⁶ Ver SOYSAL, Y., «Immigration and the emerging European Polity», en *Making policy in Europe: The europeification of National Policy Making*, Ed. Andersen S.S & Eliassen. K, Londres, 1993, p. 173. LIROLA DELGADO, M.^a I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 267.

⁷ El «Standing Committee of experts on international immigration, refugees and criminal law» ha realizado propuestas muy interesantes al respecto en *Proposals for the amendment of the Treaty on European Union at the IGC in 1996* que pueden ser utilizadas aun tras el Tratado de Amsterdam.

amplio y abarca también la residencia por motivos laborales o es en sentido estricto y no la incluye. Así, en tanto el Tratado de Maastricht mencionaba a las condiciones de empleo dentro de las «materias de interés común», el Tratado de Amsterdam guarda silencio.

Habrà que esperar a la materialización de estas disposiciones del Tratado de Amsterdam con la esperanza también de que no se tarde otros doce años, como ha sido desde el AUE hasta el Tratado de Amsterdam, en el establecimiento de alguna medida jurídicamente eficaz al respecto en el ámbito comunitario. Pero es evidente que hasta ahora no puede hablarse de un estatuto jurídico del trabajador extranjero no comunitario sino de normas aisladas referidas a condiciones de entrada y circulación pero no al derecho de residencia y ejercicio de actividades económicas cuya competencia permanece, todavía, en manos de los Estados miembros y, por tanto, circunscritos a su territorio.

IV. LOS EXTRANJEROS Y EL DERECHO ESPAÑOL

1. La Constitución Española de 1978

Ya en el ámbito interno, el análisis del estatuto jurídico de los extranjeros tiene como punto de partida la Constitución cuyo artículo 13.1 de la CE, con una literalidad confusa, determina 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.»

El Tribunal Constitucional⁸ interpretando este precepto considera que el estatuto constitucional del extranjero se configura a través de tres grupos de derechos:

⁸ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 107/1984, de 23 de noviembre (BJC 44/1984), STC 99/1985, de 30 de septiembre (BJC 54 y 55/1985); STC 94/1993, de 22 de marzo (BJC 144/1993) STC 116/1993, de 29 de marzo (BJC 145/1993), y STC 150/1994, de 23 de mayo. Si bien la primera sentencia, la STC 107/1984 señaló que los derechos de los ex-

- 1.º Los que corresponden a todos los extranjeros con independencia de su situación legal o ilegal en España, y en igualdad de condiciones con los españoles, los del *standard* mínimo internacional.
- 2.º Los que no corresponden a los extranjeros de ningún modo, salvo Acuerdo internacional al respecto, que son los derechos políticos, esto es, la posibilidad de participar en las elecciones como electores y elegibles.
- 3.º Los otros derechos, condicionados, en general, a la legalidad de la presencia del extranjero, regulados algunos en la ley de extranjería, pero cuyo fundamento se encuentra en la Constitución. Estos derechos podrán modularse por los tratados y las leyes y, por tanto, no tendrán necesariamente que ejercerse en igualdad de condiciones con los españoles. Pero la posibilidad de regularlos de distinta forma no conlleva la negación del derecho⁹.

trajeros eran de configuración legal, las posteriores sentencias consideraron que la ley no configuraba los derechos sino que los modulaba. El Tribunal Constitucional interpreta que las leyes y los tratados atemperan los derechos de los extranjeros.

⁹ Aún así, la interpretación del Tribunal Constitucional deja en el aire muchas cuestiones. Principalmente, no permite delimitar con claridad cual es el contenido mínimo de los derechos garantizados a los extranjeros. La STC 115/1987, de 7 de julio (BJC 75/1987), señala que la ley que regule los derechos de los extranjeros debe respetar el contenido esencial de estos. Sin embargo, existen derechos cuyo contenido esencial no se respeta a la hora de atribuirlos a los extranjeros, como el derecho de residencia, derecho del que son titulares los extranjeros según la STC 94/1993 y la STC 116/1993. El contenido esencial de esta libertad está formada por tres derechos, el derecho a la entrada en el territorio de un país, la libertad de circulación y residencia en dicho territorio y el derecho a la salida del mismo. Pues bien, en tanto los ciudadanos son titulares del derecho a la entrada en España los extranjeros no. Esta limitación está internacionalmente admitida pero lo cierto es que va más allá del contenido esencial de la libertad de residencia. ¿Cual es entonces el contenido mínimo garantizado a los derechos de los extranjeros? ¿Se puede seguir hablando de necesario respeto al contenido esencial cuando, por ejemplo, es acorde con la normativa internacional la limitación del derecho de entrada de los extranjeros?

2. La Legislación interna

A) Los trabajadores extranjeros en situación regular

La Ley de Extranjería y su Reglamento establecen el procedimiento que el extranjero debe cumplir para residir y trabajar en España. Este procedimiento constituye una clara limitación del acceso al empleo de los extranjeros a los que se les exige condiciones estrictas para ello¹⁰. La razón no es otra que la protección de la situación nacional de empleo. En efecto, la legislación de extranjería tiene por objeto organizar la entrada de mano de obra extranjera y atender al orden público laboral. Pero dichos objetivos son los medios de un fin mayor: la protección de la mano de obra española.

El extranjero debe proveerse de permiso de trabajo para trabajar en España. Los diversos permisos de trabajo para la realización de actividades por cuenta ajena¹¹ han sido desarrollados en el artículo 75 del RE: el permiso A, el permiso b inicial, el permiso B, el permiso C, el permiso F, el permiso permanente y por ultimo, el permiso extraordinario. Se trata de un sistema de permisos a modo de cadena, en el que, salvo algunos de carácter específico (el permiso A, el permiso F y el permiso extraordinario), cada permiso requiere del disfrute del anterior de la lista.

La concesión del permiso de trabajo se condiciona al cumplimiento de numerosos requisitos entre los que destaca, en los permisos iniciales [A y b (inicial)], que no ha-

¹⁰ Salvo a los ciudadanos de Chile, Perú y Ecuador en virtud de los Convenios celebrados entre España y estos países. Ver Tratado de doble nacionalidad con Chile de 24 de mayo de 1958 (*BOE* de 14 de noviembre de 1958, número 273). El Tratado de doble nacionalidad con Perú, de 16 de mayo de 1959 (*BOE* de 19 de abril de 1960, número 94) y, finalmente, el Tratado con Ecuador de 4 de marzo de 1964 (*BOE* Gaceta de Madrid de 13 de enero de 1965, número 11).

¹¹ El RE también desarrolla los permisos de trabajo para las actividades por cuenta propia.

ya ciudadanos comunitarios, españoles y extranjeros residentes permanentes en paro capacitados para ese puesto de trabajo (art. 76 del RE). Por otra parte, estos mismos permisos iniciales quedan excluidos, en virtud del artículo 76.4 del RE, de los beneficios derivados de los programas de fomento del empleo, cualquiera que fuese su modalidad, «salvo que los beneficiarios con residencia legal previa en España sean cónyuges o hijos de ciudadanos extranjeros, titulares de un permiso de trabajo no inicial». Los titulares de permiso B (renovado), los titulares de permiso de tipo C y los titulares de permisos de trabajo permanente y extraordinario, en la medida que no son permisos de trabajo iniciales, si tienen derecho dichos beneficios¹². Del mismo modo, los titulares del permiso permanente gozan del libre acceso al empleo en igualdad de condiciones que los españoles.

Una vez el extranjero posee el permiso de trabajo se le reconoce la igualdad de condiciones de vida y de trabajo respecto de los españoles. Así lo señala la STC 150/1994: «A diferencia de lo que había acaecido en la STC 107/1984, en el presente caso si existe una disposición administrativa que, de acuerdo con la ley de extranjería, establece una situación de igualdad en favor de la demandante de amparo». (A pesar de no ser la ley de extranjería la que establece esta igualdad sino los Tratados Internacionales, como el

¹² Por otra parte, interesa subrayar que la limitación de los beneficios de los programas de fomento del empleo a los permisos iniciales no excluye otras medidas de política de empleo. No se ha hecho nada al respecto pero la posibilidad sigue abierta. Hasta ahora son sólo propuestas, así, la Comunicación del Gobierno al Congreso de los Diputados sobre la situación de los extranjeros en España y las líneas básicas de la política española de extranjería de 30 de diciembre de 1990, en el apartado dedicado a la política de promoción e integración social, considera necesario planes especiales de empleo, formación y protección social para los inmigrantes en situación de desempleo. En esta línea la Orden de 25 de marzo de 1993 establece un programa de actuación en favor de inmigrantes y el plan de integración social de los inmigrantes de diciembre de 1994 incidía en este punto como elemento esencial para la integración.

art. 6 del Convenio 97 de la OIT). En general, el permiso de trabajo es la condición del pleno disfrute de los derechos. La consecuencia del reconocimiento a la igualdad de trato significa que el extranjero tiene derecho a la estabilidad en el puesto de trabajo. Por tanto, no se admitirá el despido libre, esto es, un despido no sujeto a las causas establecidas en la legislación laboral [art. 49 del Estatuto de los Trabajadores (ET)] fuera de las cuales no se puede dar por terminado el contrato. Pero tampoco se admitirá que en caso de tenerse que despedir a varios trabajadores se comience con los trabajadores extranjeros, posibilidad existente en la anterior legislación de extranjería¹³. Hasta el final del permiso de trabajo el ejercicio de la actividad laboral no permite discriminaciones de ningún tipo respecto de los trabajadores españoles y comunitarios. Ahora bien, esta igualdad se ceñirá a los estrictos límites temporales del permiso. La denegación de la renovación del mismo es la espada de Damocles que pende inevitablemente sobre la cabeza de todo trabajador extranjero. Por ello, salvo en el caso de los permisos de trabajo permanentes, la igualdad de trato o el ejercicio de los derechos constitucionales puede quedar minimizada ante la dependencia de la renovación de un permiso de carácter administrativo.

B) *Los trabajadores extranjeros en situación irregular*

Si el permiso de trabajo es la condición para el pleno disfrute de derechos, cuando el extranjero no lo posee

¹³ La prelación en los despidos fue establecida en los artículo 7 y 11 del D de 8 de septiembre de 1932 (*Gaceta* del 10), que heredó el artículo 8 del D de 29 de agosto de 1935 (*Gaceta* del 31) y que fue derogada por la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 27 de Mayo de 1943 que dispuso que el despido de obreros no nacionales, provistos de la documentación que les permita residir y trabajar en España, se regiría por las mismas normas que los españoles. No obstante, el D 1870/1968 de 27 de julio (*BOE* 14 de agosto), resucitó esta norma, y en el proyecto de ley de extranjería de 1981 (*BOCG* de 11 de mayo de 1981) el artículo 21 establecía también esta posibilidad.

queda desprovisto de ellos (salvo los incluidos en el *standard* mínimo internacional). Así, en cuanto a la relación laboral mantenida sin permiso, El Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que el contrato que vincula al empleador y al trabajador extranjero en estas circunstancias carece de validez, es nulo. La nulidad significa que dicho contrato figura como inexistente a efectos jurídicos, se le niega toda eficacia, y consecuencia de ello es la imposibilidad de que del mismo se deriven las obligaciones correspondientes a un contrato válido.

Ello llevaría en última instancia a que el trabajador no tuviera derecho a retribución alguna por la prestación realizada. Sin embargo, el artículo 9.2 del ET señala que: «En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.» Por tanto, el trabajador tendrá derecho a la cantidad equivalente al salario por el tiempo trabajado.

Ahora bien, la nulidad del contrato, aunque es un efecto admitido en nuestro Derecho, tiene consecuencias que por contraproducentes podrían aconsejar limitar su aplicación.

En efecto, la nulidad del contrato beneficia al empleador por cuanto si bien debe retribuir por el tiempo trabajado, no debe pagar la indemnización por despido. Tampoco cotiza a la seguridad social que requiere de la previa presentación de un permiso¹⁴ y no queda sujeto a ninguna obligación derivada de ella, salvo en materia de accidentes de trabajo y de asistencia sanitaria por maternidad¹⁵. Ade-

¹⁴ Artículo 95 RE en relación con artículo 42 del RD 84/1996 de 26 de enero que aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

¹⁵ La ratificación española del Convenio 19 de la OIT y la legislación interna así lo disponen. Así lo establece artículo 4.1.b) de la O. de 28 de diciembre de 1966 (Relativa a las normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización) y artículo 14.1.e)

más podrá cesar al trabajador sin causa o arbitrariamente pues no se encuentra sujeto a la obligación de extinguir el contrato según alguna de las causas consignadas en el artículo 49 del ET.

Se podría pensar que la nulidad del contrato es una sanción para el trabajador extranjero. Sin embargo, la legislación de extranjería y la legislación social, ya regulan las sanciones a imponer en caso de trabajar y emplear sin permiso 16, la nulidad sólo grava más al trabajador. Ello, en tanto el empleador es igualmente responsable de la contratación ilegal, no encuentra justificación alguna. Por otra parte, la nulidad del contrato no es un apoyo al objetivo de la legislación de extranjería (la protección de un orden público laboral, el encauzamiento de los flujos migratorios y la protección de la mano de obra española) Si no que, a mayor abundamiento, perjudica a estos fines proteccionistas. En efecto, las consecuencias de la nulidad pueden promover o facilitar la contratación de los trabajadores migrantes en situación irregular. Téngase en cuenta que los costes laborales son menores cuando se contrata con extranjeros sin permiso. Aparte de otras consideraciones de orden fáctico, como su mayor docilidad ante la ausencia absoluta de derechos y de protección jurídica. No hay duda de que estas condiciones pueden atraer a empresarios sin escrúpulos para requerir sus servicios.

del D 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y de ordenación de los servicios médicos en el régimen general dispone la equiparación absoluta en la asistencia sanitaria por maternidad (BOE de 28 de noviembre y corrección de errores en BOE de 23 de enero de 1968). Junto a ello, se debe mencionar el D 2766/1967, cuyo artículo 10 dispone que se proporcionará la asistencia sanitaria por ATEP a pesar de que la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal.

¹⁶ Y tanto para el trabajador como para el empresario, ver artículo 27 y artículo 29 LOE y artículo 99 del RE, artículo 35 de la Ley 8/1988 de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y artículo 312.2 del Código penal (CP) (éste último únicamente referido al empresario). El trabajador extranjero puede ser sancionado con expulsión.

Entonces, ¿no perjudicaría esta posibilidad a la mano de obra española? Es más, ¿no produciría el efecto contrario al querido por la legislación de extranjería que es la prioridad de la mano de obra española en el acceso al trabajo?

Estos efectos perversos deberían ser considerados a la hora de valorar la concurrencia de la nulidad. En algunos supuestos el cese del trabajador podría calificarse de despido y declarar el derecho del trabajador a la indemnización correspondiente. El caso más evidente es aquél en el que tras un período de tiempo considerable y conociendo el empresario la situación de ilegalidad del trabajador aquél decide dar por terminada la relación y, ante la reclamación por despido, aduce la nulidad del contrato.

De hecho, existen dos Convenios Internacionales que manifiestan cómo la nulidad del contrato no es la solución idónea para la infracción de la legislación de extranjería. Así, el Convenio 143 de la OIT sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de 1975, no ratificado por España, que no queda obligada por sus disposiciones, se refiere a las condiciones de trabajo de los extranjeros en situación irregular. En su artículo 12 previene que: «Todo miembro deberá, mediante métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales (...) garantizar la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo» haciendo con esta última frase una clara alusión a la indiferencia respecto de su situación legal.

Por otra parte, el más innovador es el Convenio internacional relativo a los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares de 18 de diciembre 1990 cuyo artículo 25.3 señala que: «Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migrantes no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidad».

des en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.» España tampoco ha ratificado este Tratado que no le vincula, pero es ilustrativo de la evolución en la realidad social y de que la nulidad del contrato puede ser innecesaria en materia de extranjería.

Ciertamente, la inmigración ilegal constituye un problema de difícil solución. Los Estados no pueden reconocer a los trabajadores que no cumplen los requisitos legales para trabajar en su territorio los mismos derechos que a los que los cumplen pues se inutilizaría el sistema de autorizaciones al efecto. Pero tampoco puede mantenerse en el desconocimiento de una realidad que es cada día más evidente y que provoca problemas de orden social. Una realidad que demuestra, por otra parte, la incompetencia del sistema de extranjería, la incompetencia general de los mecanismos de orden político-jurídico para terminar, en este caso, con la inmigración ilegal.

V. CONCLUSIONES

De cuanto queda dicho, hay elementos para concluir la necesidad de un estatuto jurídico del extranjero más adaptado a la realidad, más acorde con los flujos migratorios, en la actualidad imparable. En particular y teniendo en cuenta el proceso de integración europea debe considerarse que Europa está formada por ciudadanos europeos con plenas libertades y extranjeros que, aun en situación de legalidad, incluso titulares del derecho de residencia y trabajo permanente ven limitadas sus posibilidades de progreso económico.

Paradójicamente, a estos extranjeros los Estados miembros les reconocen una igualdad de trato en condiciones de trabajo que se extiende, en el caso español, a un libre ac-

ceso al mercado de trabajo tras unos años de residencia y trabajo conforme a la ley. Sin embargo, a resultas de la limitación de la libre circulación de trabajadores esta igualdad de trato queda circunscrita al territorio de los Estados miembros. Lo que a la postre significa que tal igualdad no existe puesto que un extranjero no podrá ejercer los mismos derechos que los «ciudadanos europeos». Parece que el Derecho Comunitario crea una ciudadanía de menor rango formada por todos aquellos extranjeros que jamás adquirirán un estatuto similar al de los nacionales de los Estados miembros, a pesar de su situación legal. He aquí un reflejo de la definición jurídica de extranjero por la vía negativa.

Los Estados y la Comunidad Europea deben afrontar la presencia de nacionales de terceros Estados con una perspectiva distinta que deberá procurar acercar el estatuto de los extranjeros al de los nacionales. No se trata simplemente de una apelación a la solidaridad sino una llamada a los Estados para actuar en previsión del carácter contra-productente que puede significar recluir a un sector de la población a unas condiciones de vida por debajo de las de sus ciudadanos, creando una especie de ciudadanía de segunda clase.

En cuanto a la inmigración ilegal, también es necesario que el Estado responda de diferente manera ante ella cuidando de no consolidar prácticas que hagan de extranjeras y extranjeros sujetos atractivos a la contratación ilegal que, a la postre, perjudica a los propios españoles. Si las razones de solidaridad no motivan los cambios, deberán ser razones más egoístas como esta última la que fundamente una búsqueda seria de la solución a los problemas migratorios.

Esta diferente perspectiva con la que afrontar la inmigración podría ayudarse, entre otras, de dos tipos de medidas:

- 1.º A nivel internacional, con la ratificación española de los Convenios 143 de la OIT y del Convenio para la protección de todos los trabajadores migrantes y

sus familias que obligaría a medidas legislativas sobre todo en materia de inmigración ilegal que aliviarían las consecuencias que hasta ahora la jurisprudencia deduce de la nulidad del contrato.

- 2.º A nivel comunitario y una vez en vigor el Tratado de Amsterdam, con un desarrollo del artículo 63 que comprenda la libertad de circulación en un sentido amplio y entre a regular las condiciones en las que un nacional de terceros Estados puede ser titular de la libre circulación de trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M. (1996): *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Ed. Tirant los Blanch, Colección Laboral, núm. 39, Valencia.
- BORRAJO INIESTA, I. (1991): «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución española. (Homenaje al profesor García de Enterría)*, Ed. Civitas, Madrid.
- CHARRO BAENA, P., y NAVARRO GALLET, M.^a C. (1995): «El trabajo de los extranjeros en España», en *La inmigración. Derecho español e internacional*, AA.VV., Ed. Bosch, Barcelona.
- DÍEZ DE VELASCO, M. (1994): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 10.^a ed.
- DONNER, J.: «Abolition of border controls», en *Free movement of persons in Europe 1993*, Ed. HG Schemers et al., TMC, Asser Institut, La Haya.
- ETIENNE, H. (1995): «The Comission of the European Community and Immigration», en *Towards a european immigration policy*, Eds Towney y Korella, College of Europe, Brugge.
- EVANS, A. (1994): «Third Country Nationals and the Treaty on European Union», *EJIL*, núm. 5.
- GIUBBONI, S. (1998): «Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione Europea», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 77, pp. 105 y ss.
- HOOGENBOOM, TH. (1991): «The position of who are nor nationals of a community member State», en *Human rights and the european community. Methods of protection. European Union-*

the Human Rights Challenge, vol. II, European University Institut.

- LEUPRECHT, P. (1990): «Fortress Europe and Human Rights», *Contemporary European Affairs*, vol. 3, núm. 3, p. 44.
- LIROLA DELGADO, M.º I. (1995): *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid.
- LOBKOWICZ, W. (1990): «Quelle libre circulation des personnes en 1993?», *RMC*, núm. 334, p. 93.
- (1994): «Intergovernmental cooperation in the field of migration. From the Single Act to Maastricht», en *The Third Pillar of the European Union*, Ed. Monar and Morgan, College of Europe, Brugge.
- MARESCEAU, M. (1986): «La libre circulation des personnes et les ressortissants d'Etats tiers», en *Relations extérieures de la Communauté Européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Ed. Paul Demaret, Colloque 1986, Collège de Europe, Brugge.
- MIAJA DE LA MUELA, A. (1987): *Derecho Internacional Privado II. Parte especial*. Ed. Atlas, Madrid, 10.ª ed. revisada.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J., y BLANCO DE CASTRO, A. (1992): «El Título VI del Tratado de la Unión: Cooperación en Asuntos de justicia e interior», *GJ*, D-18, p. 173.
- MOYA ESCUDERO, M.; TRINIDAD GARCÍA, M.ª L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (1993): *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España. Una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Ed. Comares, Granada.
- O'KEEFE, D. (1995): «The emergence of an European Immigration policy», *ELR*, vol. 20, núm. 1, p. 20.
- PLENDER, R. (1990) «Competence, European Community law and Nationals of non-member States», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, p. 599.
- RAMOS QUINTANA, M. I. (1989): *El trabajo de los extranjeros en España*, Ed. Tecnos, Madrid.
- SOYSAL, Y. (1993): «Immigration and the emerging European Polity», en *Making policy in Europe: The europeification of National Policy Making*, Ed. Andersen S.S & Eliassen. K, Londres.
- STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL IMMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW: *Proposals for the amendment of the Treaty on European Union at the IGC in 1996*.