

EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS EXTRANJEROS IRREGULARES

ROBERTO URIARTE TORREALDAY

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 2. EL DERECHO AL TRABAJO EN UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA: NATURALEZA DEL DERECHO. 3. TITULARIDAD DEL DERECHO AL TRABAJO: EL CASO DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES. 4. CONTENIDO DEL DERECHO AL TRABAJO. 5. ESPECIFICIDADES DEL DERECHO AL TRABAJO DE LOS IRREGULARES. 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 2.12.2009
Fecha aceptación: 15.04.2010

EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS EXTRANJEROS IRREGULARES

POR

ROBERTO URIARTE TORREALDAY

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

1. INTRODUCCIÓN

¿Es legítimo desde una perspectiva constitucional prohibir trabajar a los extranjeros que residen en España de forma irregular? O dicho de otra forma, ¿poseen estos un derecho al trabajo y en tal caso, cual es la naturaleza y el contenido de dicho derecho? Esta es la pregunta para la cual voy a intentar esbozar una respuesta en este trabajo, siendo consciente de las dificultades que entraña. La primera de todas ellas es la de la propia necesidad de plantearse la cuestión, ya que esta se ha obviado en general o se ha preferido plantear en otros términos. En concreto, casi todos los análisis sobre los derechos laborales de los extranjeros parten de un planteamiento diverso, que tiene su origen, en mi opinión, en varios hechos. El primero de ellos es que, desgraciadamente, la doctrina constitucional tiende a circunscribir el análisis del derecho constitucional al trabajo a un único sujeto, los españoles, relegando al ámbito del derecho del trabajo el estudio de los derechos laborales de los inmigrantes, partiendo de la idea antes mencionada de que se trataría de derechos de rango no constitucional. A esto habría que añadirle además el hecho del condicionamiento mutuo que se produce en este ámbito entre el derecho del trabajo y el derecho de extranjería, lo que produce conflictos entre los objetivos de ambos

(de protección e integración social, por una parte; y de de seguridad y de política económica, por otra)¹.

Un tercer obstáculo se deriva de las continuas reformas de la legislación de extranjería en función de las mayorías parlamentarias², lo que se debe no sólo a los distintos planteamientos que sobre el tema tienen los dos partidos sucesivamente gobernantes en los últimos años, sino también al profundo desconcierto que el tema de la inmigración produce en la opinión pública española³, lo que ha provocado que los estudios sobre los aspectos relativos al trabajo de los extranjeros se centrasen en comentarios —en ocasiones, urgentes— de los sucesivos diseños legales en torno a las autorizaciones de residencia y trabajo⁴.

Y en dichos estudios, la problemática constitucional del trabajo de los extranjeros irregulares se plantea a partir de quienes son los titulares del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido. Al contrario de lo que sucede con otros derechos, en los cuales la tipificación constitucional no identifica nítidamente a los titulares, en el caso del derecho al trabajo, el artículo 35 es bastante explícito cuando afirma que «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...». Hecha esta primera constatación, la segunda premisa es que si el derecho al trabajo se reconoce en sede constitucional únicamente a los españoles, entonces o bien los ciudadanos extranjeros carecen de derecho al trabajo o bien este derecho posee una naturaleza infraconstitucional⁵; y en consecuencia, no se halla sometido a condicionantes específicos de legitimidad constitucional, sino sólo a los genéricos que vinculan la actividad legislativa, de forma que el legislador puede regular su ejercicio, condicionándolo al cumplimiento de requisitos y a la obtención de autorizaciones basadas en criterios de oportunidad.

La legislación orgánica de extranjería, que anteriormente guardaba silencio en relación al derecho al trabajo, propició con ello el que la doctrina mayorita-

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en VV.AA.: Derechos y Libertades de los extranjeros en España, XII Congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social, Santander, 2003, p. 23.

² GONZÁLEZ BUENO, B.: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, 2002, p. 36.

³ ALARCÓN, M. R.: «El derecho a emigrar», en VV.AA.: Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española, Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Madrid, 2006, p. 519.

⁴ CHARRO BAENA, P.: «El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento Laboral», en Revista del Ministerio de Trabajo, Madrid, 2006, p. 67.

⁵ Cuestión aparte plantea la naturaleza del derecho al trabajo en España de los ciudadanos comunitarios, desde el reconocimiento de su específico estatus, pero esta excede los objetivos del presente trabajo.

ria lo negara⁶, aunque no faltaban autores que llamaban la atención sobre el hecho de que a pesar de la dicción literal del art. 351 CE, ni todos los españoles son sujetos titulares del derecho reconocido en el mismo, ni únicamente puede predicarse esa titularidad de los ciudadanos españoles⁷. Actualmente, sin embargo, la legislación de extranjería reconoce en cierta medida el derecho al trabajo de los extranjeros, aunque condicionado su ejercicio a que estos se hallen en situación regular⁸.

Personalmente, considero que la cuestión no se agota en el ámbito infraconstitucional y debe replantearse para evidenciar todos los condicionantes constitucionales que posee el particular a partir de la idea de Constitución como «fuente de fuentes» y en concreto como fuente del derecho del trabajo⁹; y articularse en torno a la titularidad por parte de los extranjeros irregulares de un derecho a trabajar o retomando la pregunta con la que arranca este comentario: ¿Es legítimo prohibir trabajar a los extranjeros que residen en España de forma irregular? Pero, para abordar dicha problemática, es necesario, como cuestión previa, analizar las circunstancias que determinan la irregularidad del trabajador extranjero y cual es el estatuto jurídico de quien se halla en dicha situación.

Y dichas circunstancias deben analizarse en el contexto de un sistema constitucional como el nuestro, que exige que el Estado actúe siempre atendiendo a su función social; que impele a los poderes públicos a corregir las desigualdades sociales y que eleva al máximo rango un aparato normativo dirigido precisamente a proteger el trabajo subordinado. Un sistema que no puede, en consecuencia, ignorar al que es el colectivo social más frágil, con la excusa de la no

⁶ TARABINI-CATELLANI, M.: «Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 63, 2006, p. 215.

⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V.: «Derecho al trabajo y políticas de empleo», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003, p. 1307.

⁸ «Derecho al trabajo y a la Seguridad Social. 1. 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 al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación», art. 10 de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, BOE 307/2000, de 23 de diciembre.

2. Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas.

⁹ ALONSO OLEA, M.: «La Constitución española como fuente del derecho del trabajo», en *El modelo social en la Constitución...*, ob. cit., 2003, p. 3.

pertenencia a la comunidad, ya que se trata de personas sometidas a la jurisdicción de ese Estado¹⁰.

Y en mi opinión, toda persona sometida a nuestro ordenamiento jurídico, tiene en todo caso y al margen de que posea el derecho a la residencia —y en tanto en cuanto se proceda a su repatriación o a la regularización de su situación—, el derecho a ganarse dignamente la vida y en consecuencia el derecho a trabajar; y se trata de un derecho de rango constitucional, aunque su contenido no coincida necesariamente con el del derecho al trabajo que poseen los españoles. Pero antes de profundizar en nla materia, conviene invocar los perfiles básicos del derecho al trabajo en nuestro sistema constitucional.

2. EL DERECHO AL TRABAJO EN UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA: NATURALEZA DEL DERECHO

La Constitución española, al contrario que algunas de nuestro entorno, reconoce expresamente el derecho al trabajo, con carácter general en su artículo 35 y en otros preceptos relativos a regulaciones específicas de dicho derecho para determinados colectivos, además de otros muchos que regulan derechos vinculados a la condición de trabajador. Lo cual es coherente con su inserción dentro del contexto del constitucionalismo social y es en dicho contexto en el que debe analizarse el derecho. La historicidad constituye, sin duda, un elemento intrínseco al análisis de cualquier institución y particularmente de los derechos fundamentales. Pero lo constituye muy especialmente en el caso de los derechos económicos y en concreto, en el caso del derecho al trabajo, ya que, a pesar de su innegable dimensión sistemática actual, se trata de una categoría eminentemente histórica, en cuanto representa una idea político-jurídica, y un fenómeno socio-económico, esencialmente dinámico¹¹. Y al igual que la historia reciente resulta necesaria para entender el derecho al trabajo, se puede afirmar que el derecho al trabajo resulta necesario para entender la historia reciente, ya que no se trata tan sólo del primer derecho social reivindicado, sino también del «derecho de ciudadanía social por antonomasia»¹² en una sociedad que algunos han definido como la «sociedad del trabajo».

¹⁰ URIARTE, R.: «Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular», en *Revista de Derecho Político*, número 74, 2009, p. 296.

¹¹ MONEREO, J. L. y MOLINA, C.: «El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en la obra colectiva «Comentarios a la Constitución socio-económica de España», Granada, 2002, p. 290.

¹² MONEREO y MOLINA, «El derecho al trabajo...», loc. cit.

Es necesario, sin embargo, ser conscientes de que en los últimos años se ha producido una relativa pérdida de protagonismo del trabajo, una transformación estructural o «metamorfosis» de este¹³, tan profunda que algunos autores han llegado a augurar su final, al menos con las características con que actualmente lo conocemos¹⁴. Obedezca el proceso a razones estructurales o tenga un carácter más limitado o cíclico, lo cierto es que hoy en día se plantean serias dudas sobre la continuidad del «modelo laboral que había servido de referencia a la constitucionalización del derecho social al trabajo»¹⁵, un modelo sustentado en la idea de estabilidad en el empleo, en una estructura de ingresos provenientes del trabajo, suficiente, duradera y creciente en el tiempo, sostenida y mejorada en algunos casos por el Estado del Bienestar¹⁶. Este conlleva a su vez una falla dentro del status del trabajador, con una profunda diferenciación entre los trabajadores estables, sindicados, amparados por convenio y los trabajadores inestables, no sindicados, ni protegidos por convenio, que quedan abandonados a las «leyes» del mercado negro¹⁷. El proceso de globalización que contribuye, además de a la pérdida de centralidad social del trabajo¹⁸, a la fragmentación de los trabajadores en colectivos con status jurídicos muy diferenciados, con una vinculación entre la economía sumergida y los trabajadores extranjeros irregulares, proceso que no es exclusivamente español¹⁹.

Dentro de estas coordenadas de crisis del modelo típico de relación laboral que enuclea la construcción misma del Estado social, resulta por tanto emblemática la situación de los extranjeros irregulares, ya que estos constituyen en la actualidad el colectivo con menor protección jurídica dentro de los trabajadores.

Hecha la necesaria advertencia sobre la crisis de la institución, crisis cuya auténtica dimensión no es posible evaluar todavía con certeza y de la que el trabajo de los extranjeros irregulares constituye una pieza importante, conviene recordar las coordenadas históricas bajo las cuales se ha desarrollado el derecho, en cuanto que estas pueden aportar alguna clave para la exégesis del artículo 35 CE y del

¹³ GORZ, A.: «Metamorfosis del trabajo», Madrid, 1995.

¹⁴ RIFKIN, J.: «El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era», Barcelona, 1996.

¹⁵ ALONSO, L. E.: «Trabajo y ciudadanía», Madrid, 1999, p. 157.

¹⁶ ALONSO, loc. cit.

¹⁷ SAGARDOY, J.: «Artículo 35. Derechos laborales» en VV.AA. (Alzaga ed.): «Comentarios a la Constitución Española de 1978», Madrid, 1996.

¹⁸ MONEREO, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 293.

¹⁹ CARUSO, B.: «Las políticas de inmigración en Italia y Europa: Más Estado y menos mercado?», en VV.AA.: «Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador», Madrid, 2001, p. 230.

resto de sus referentes constitucionales. El derecho al trabajo tiene su origen, tanto por lo que se refiere al ámbito teórico, como por lo que respecta a sus primeras manifestaciones normativas, en el siglo XVIII²⁰ y surge como es sabido, vinculado al pensamiento liberal-democrático y como no podía ser menos en dicho ámbito, evidencia desde sus orígenes un sentido de «libertad de trabajo»²¹; pero evidencia también desde sus orígenes²² y especialmente a partir de 1848, un sentido de autorrealización personal vinculado al derecho a la existencia. Este segundo sentido, que convierte al derecho al trabajo en un derecho fundamental, por su carácter instrumental a la realización de los demás derechos, irá perdiendo virtualidad posteriormente, quedando su contenido limitado a la libertad de trabajar y sólo la recobrará parcialmente en una segunda fase como consecuencia de su recepción en las constituciones sociales y en los principales textos internacionales²³, que traslucen la centralidad del trabajo como «criterio definidor de la Constitución material»²⁴.

Por lo que se refiere a España, la actual tipificación constitucional del derecho al trabajo tiene sus precedentes en la Constitución de 1931, que quebró, si bien de forma relativa, la tradición extremadamente liberal del constitucionalismo histórico²⁵ y tipificó el trabajo como una obligación constitucional²⁶ protegida por las leyes, lo que suponía la existencia de un derecho, aunque este no se formulaba explícitamente. Sí lo hace la Constitución española de 1978 y lo hace esta vez en clave de Estado social, superando la mera libertad de trabajar del constitucionalismo decimonónico, pero sin llegar a una «constitucionalización

²⁰ Entre ellos el Edicto de Turgot de 1776, Ley de Le Chapelier de 1791, Proyecto constitucional francés de 1793, Código General del Estado prusiano de 1794, etc.

²¹ Propio del nuevo orden social auspiciado por la revolución burguesa y que ya nunca abandonará en su posterior historia constitucional (Monereo, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 300).

²² La declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 afirma que la sociedad debe garantizar la subsistencia de los ciudadanos «ya sea procurándoles trabajo, ya sea asegurándoles los medios de subsistir a aquellos que no están en condiciones de trabajar».

²³ Proceso de internacionalización que tiene como hitos principales a la OIT a través de su carta constitutiva (1919) y de sus convenios; a la ONU, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y por lo que se refiere al ámbito regional europeo, al Consejo de Europa, a través de la Carta Social Europea (1961) y más recientemente, a la Comunidad Europea, a través de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (2000).

²⁴ MAESTRO, G.: «La Constitución del trabajo en el Estado social», Granada, 2001.

²⁵ MONEREO, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 306.

²⁶ Art. 46: «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes».

fuerte del Estado social»²⁷, inmerso este ya en un proceso de crisis, con la reafirmación de los elementos privatistas de la Constitución económica²⁸.

Hecha esta breve aproximación histórica, convendría centrarse en la problemática relativa a la naturaleza del derecho, aún siendo conscientes de que no resulta cuestión simple. Y es que el carácter ambiguo y equívoco que posee en general la categoría de los derechos fundamentales, se agudiza en el caso de los derechos económicos y sociales y adquiere particular intensidad en el caso del derecho al trabajo²⁹. Además, hay que tener en cuenta que es objeto de un proceso de relativización desde distintos sectores doctrinales, que intentan negarle su carácter fundamental e incluso toda virtualidad³⁰, aunque no faltan tampoco autores que afirmen dicho carácter³¹.

Una de las razones por las que la naturaleza del derecho al trabajo resulta tan controvertida en doctrina consiste en que su concreción efectiva se halla profundamente condicionada por las circunstancias socioeconómicas³², por su vinculación con una situación de pleno empleo, que es un objetivo del legislador constituyente³³, pero que la norma no puede garantizar inmediatamente, ya que posee un carácter condicionado tanto a factores externos o extrajurídicos (la mencionada estructura económica) como al intervencionismo del Estado y sus límites (libertad de empresa, disponibilidad presupuestaria...)³⁴; por lo que no faltan quienes le niegan toda virtualidad e incluso consideran que su tipificación puede acarrear un desprestigio del texto constitucional, al establecer como norma algo imposible en la práctica³⁵, una promesa incumplida y de imposible cumplimiento³⁶. Y si la relación del derecho al trabajo con la situación económica del país dificulta su reconocimiento a los propios ciudadanos, qué decir respecto de los extranjeros³⁷.

²⁷ MAESTRO, G.: «La Constitución del trabajo...», ob. cit., p. 131.

²⁸ MORISI, M.: «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis», en «La Constitución española de 1978. Estudio sistemático», Madrid, 1984, pp. 377 y ss.

²⁹ SASTRE, R.: «El derecho al trabajo», Madrid, 1996, p. 124.

³⁰ MONEREO, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 313.

³¹ GÁLVEZ, J.: «El artículo 35», en «Comentarios a la Constitución española de 1978», Madrid, 1980, pp 447 y ss.

³² SAGARDOY, «Derechos laborales», ob. cit., p. 575.

³³ Tal como establece el art. 40.1 CE, de acuerdo con el cual los poderes públicos «realizarán una política orientada al pleno empleo».

³⁴ MONEREO, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 312.

³⁵ PECES BARBA, G.: «El socialismo y el derecho al trabajo», Sistema, 1990, p. 8.

³⁶ PECES BARBA, «El socialismo...», ob. cit., p.10.

³⁷ TARABINI-CATELLANI, M.: «Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos», cit., p. 215.

Considero sin embargo que el límite estructural que representa el sistema económico para la realización del derecho al trabajo no constituye argumento suficiente para relativizar su valor como derecho³⁸. Y aunque la norma constitucional carece de existencia independiente de la realidad y su eficacia no puede extrapolarse de las condiciones fácticas, es algo más que esas condiciones y posee una fuerza dirigida a ordenar y conformar la realidad política y social³⁹. Por otra parte, no conviene olvidar que las condiciones fácticas afectan a la eficacia no sólo del derecho al trabajo, sino de prácticamente todos los derechos. De forma que el que un ciudadano carezca en un momento determinado de un puesto de trabajo no significa que carezca de derecho al trabajo. Porque una cosa son los condicionantes prácticos y otra es la propia realidad normativa del derecho⁴⁰. El derecho al trabajo no se convierte en una entelequia o un mero enunciado simbólico por el hecho de que el ciudadano no pueda exigir a los poderes públicos que le provean de un concreto empleo, pues lo mismo sucede con el derecho a la propiedad o a la libre empresa, que no implican tampoco que dicho ciudadano pueda exigirles que le provean de propiedades o de empresas para hacer efectivos sus derechos. Significa únicamente que el derecho no posee un contenido tan amplio como el que poseería si el Estado pudiera garantizar la oferta de trabajo a cualquier eventual demandante, lo cual resulta difícilmente imaginable en un sistema en el cual el objeto de dicho derecho, el trabajo, constituye un recurso limitado⁴¹, aunque eso y no otra cosa es lo que sucede con el objeto de otros derechos cuya virtualidad no es cuestionada o no lo es al menos de forma tan virulenta. Pero no significa en absoluto que el derecho al trabajo carezca de contenido, sino que tiene un contenido más limitado, que no incluye la exigibilidad inmediata de empleo. Además, el derecho al trabajo posee una estructura compleja, con contenidos que poseen a su vez efectividades diferentes. Y los problemas de efectividad mencionados, no afectan por igual a todas las facetas del derecho, sino que están en función del contenido y estructura de la concreta faceta del derecho afectada⁴². De hecho, algunos de los contenidos del derecho al trabajo y contenidos no precisamente anecdóticos, son plenamente ejercitables en vía judicial.

En todo caso, conviene recordar que la debilidad relativa de las garantías o del contenido no permite de ninguna forma concluir la inexistencia de un de-

³⁸ MONEREO, loc. cit.

³⁹ PÉREZ LUÑO, A. E.: «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Madrid, 1991, p. 253.

⁴⁰ MONEREO, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 314.

⁴¹ En realidad, todos los recursos lo son, incluyendo la vida, la integridad física, la salud, etc.

⁴² MONEREO, «El derecho al trabajo», ob. cit., p. 314.

recho tipificado en sede constitucional y que constituye un auténtico derecho público subjetivo, que «se puede y debe ejercitar —aunque no sea en un sentido estrictamente procesal— no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los privados y particulares»⁴³. No un derecho de configuración legal ni debilitado, sino inmediatamente eficaz. Porque el derecho al trabajo posee una tipificación privilegiada en el capítulo segundo del título primero del texto constitucional, aunque no pertenezca a su hiperprivilegiada sección primera. Y obedece a la definición de derechos fundamentales que se infiere del artículo 10, es decir, se trata de un «derecho inviolable inherente a la dignidad de la persona». Además, cumple los tres requisitos que establece dicho precepto. Y es que se trata de un derecho inherente a la personalidad y a su desarrollo⁴⁴, ya que esta resulta inconcebible si se anula el derecho al trabajo de los ciudadanos. Es, sin duda, un derecho inviolable⁴⁵; y también constituye un fundamento del orden democrático, ya que no es imaginable un sistema democrático que no respete a sus miembros en el ejercicio de este derecho. Es indudable que la exclusión de un derecho de la mencionada sección conlleva la devaluación de la garantía jurisdiccional del derecho, al quedar excluido del amparo constitucional. Pero, como aclara Ferrajoli, la validez de un derecho como fundamental no está condicionada por el nivel de desarrollo de los mecanismos de garantía en un momento histórico concreto, sino que desde una perspectiva garantista, debe plantearse la cuestión al revés, en el sentido de que el reconocimiento de la validez impele a los agentes jurídicos a arbitrar una garantía suficiente.

Además, el art. 10. 2 introduce un criterio hermenéutico nos obliga a interpretar los derechos fundamentales y las libertades que ella reconoce de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁴⁶. Y, a partir de esta interpretación «internacionalista», el carácter fundamental del derecho va a resultar insoslayable. El art. 23.1 de dicha declaración afirma categóricamente que

⁴³ SAGARDOY, «Derechos laborales», ob. cit., p. 575.

⁴⁴ «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad.....son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1. CE).

⁴⁵ El derecho a acceder al ejercicio laboral obedece, por su propia naturaleza, a la definición de «indisponible, inalienable, inviolable, intransigible, personalísimo» (Ferrajoli, L.: «Los fundamentos de los derechos fundamentales», Madrid, 2001, p. 31).

⁴⁶ «Los textos internacionales ratificados por España...pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución», fundamento jurídico 6º de la STC n.º 254/1993, de 20 de julio, BOE n.º 197/1993, de 18 de agosto, reiterando doctrina sentada en la STC 38/1981.

«toda persona tiene derecho al trabajo». Además, tanto en dicho artículo, como en el 24, se configura un contenido del derecho que no se limita a la libertad de trabajar, sino al derecho a un trabajo digno y en condiciones de no discriminación. Y esa cualificación de fundamental es la que posee el derecho en el ámbito comunitario, donde ha venido constituyendo tradicionalmente una de las libertades comunitarias fundamentales y posee esa misma consideración en la Carta comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales que engloba los artículos relativos al derecho al trabajo dentro del Capítulo I, denominado «Derechos sociales fundamentales de los trabajadores».

Pero es que, además existe un argumento específico para predicar el carácter fundamental del derecho al trabajo y es que este adquiere unas características específicas para las personas privadas de libertad en el art. 25.2 CE, que reconoce implícitamente el carácter fundamental del derecho al trabajo, cuando lo excepciona respecto de los derechos fundamentales de los cuales los penados pueden ser privados. Y no parece razonable que la voluntad de la norma sea premiar a los penados con un derecho fundamental que no se reconoce a los demás, ni se puede alegar tampoco que hubieran pasado inadvertidas para el constituyente sus eventuales consecuencias⁴⁷. La única salida razonable es no presumir el carácter fundamental o no de un derecho sólo por su posición formal en diversos títulos o incluso partes del texto; fruto en ocasiones de deficiencias técnico-jurídicas⁴⁸. Pero en este caso, ni siquiera se trata de una deficiencia técnica, sino que la distinta ubicación y la diferencia de tratamiento tiene una justificación, pero ésta no reside en las mayores posibilidades que tienen los poderes públicos de hacer efectivo el derecho al trabajo para los reclusos que para la población en general⁴⁹.

Pero es que, si dichos argumentos no fueran ya de por sí suficientes, resulta que en la práctica tampoco el derecho reconocido en el art. 25.2 se ha podido librar de las limitaciones de efectividad que llevan a algunos autores a negarle al art. 35 la naturaleza fundamental. De hecho, el Tribunal Constitucional ha desestimado diversos recursos planteados por penados que alegaban la lesión de su derecho fundamental a un trabajo remunerado, alegando que es un «derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada⁵⁰ a los

⁴⁷ López Rodó advirtió en la tramitación parlamentaria de que no era partidario de la inclusión de ese derecho «porque habría que ver quien puede satisfacer este derecho, si tendrá que ser la propia institución penitenciaria la que tendrá que inventarse un trabajo, un puesto de trabajo para cada delincuente...», en BOC, n.º 71, de 22 de mayo de 1978, p. 2579.

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, A. E.: «Derechos Humanos...», ob. cit., p. 253.

⁴⁹ MONEREO, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 311.

⁵⁰ El subrayado es mío.

medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata»⁵¹.

En resumen, considero que el derecho al trabajo sí constituye un derecho público subjetivo de carácter fundamental, lo que no resulta incompatible con la constatación de que su efectividad esta profundamente condicionada por circunstancias fácticas. Y lo considero así tanto por los argumentos generales que avalan esa misma naturaleza en los otros derechos económicos, como también por el hecho de que respecto de este derecho en concreto, resulta pacífica en doctrina y ha sido expresamente ratificada por la jurisprudencia constitucional su naturaleza fundamental, al menos respecto de un colectivo de sujetos, el de los penados. Y en última instancia, porque, como afirmaba Mortati, el objeto del derecho del trabajo no sólo consiste en facilitar medios de vida a la persona, sino también en «tutelar la exigencia de la libertad y dignidad humana»⁵².

3. TITULARIDAD DEL DERECHO AL TRABAJO: EL CASO DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES

Hechas las anteriores reflexiones sobre la naturaleza del derecho, corresponde abordar la cuestión relativa a su titularidad, intentando esbozar una respuesta a la pregunta de si poseen derecho a trabajar en España los extranjeros en situación irregular. Ya se ha visto que el art. 35.1 CE reconoce a los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo. De lo cual no podemos deducir inmediatamente que los extranjeros carezcan de ese derecho⁵³, ya que la Constitución sólo impone una limitación al reconocimiento a los ciudadanos extranjeros de derechos y es concretamente la que establece el artículo 13.2, relativa a la restricción de los derechos políticos de estos. Por lo tanto, no debe excluirse de principio el reconocimiento de algún tipo de derecho al trabajo a los extranjeros. Muy al contrario, nuestra Constitución se inspira en materia de derechos fundamentales en la legalidad internacional y en los instrumentos internacionales en la materia. Las normas internacionales de garantía de los derechos humanos son consideradas como referente interpretativo de las normas internas, en virtud del

⁵¹ STC 172/1989, citada, f.j. 3.

⁵² MORTATI, C.: «Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica», en «Raccolta di scritti», Vol. III, Milán, 1972, pp. 142 y ss.

⁵³ Como se ha encargado de aclarar la jurisprudencia constitucional, el hecho de que determinados derechos se reconozcan respecto de los españoles, no significa en absoluto que se excluyan para los extranjeros (véase, por ejemplo, la STC n.º 94/1993, de 22 de marzo, BOE n.º 100/1993, de 27 de abril, fundamento jurídico 2º).

art. 10.2 CE. Y entre estas normas, ocupa un lugar privilegiado la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pues bien, dicha declaración afirma expresamente el derecho de todas las personas a trabajar y a ganarse dignamente la vida⁵⁴. Y como se ha dicho, la Constitución sólo impone una limitación al reconocimiento de derechos a los ciudadanos extranjeros y es concretamente la relativa a los derechos políticos de estos; de forma que en base a dicho precepto conocemos el límite máximo de los derechos de los extranjeros, pero no así su contenido mínimo.

El Tribunal Constitucional, al referirse a los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, ha reconocido la naturaleza constitucional de estos, afirmando que el art. 13 no pretende «desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional...»⁵⁵.

De hecho, respecto de algunos derechos, la Constitución exige un tratamiento igual de nacionales y extranjeros. Así sucede con los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.)⁵⁶. Pero junto a los derechos que no pueden pertenecer a los extranjeros y los que les pertenecen por igual con los españoles, existen otros que pertenecen a los extranjeros no en condiciones de igualdad, sino en las condiciones en que lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Y entre estos derechos está el derecho al trabajo, ya que no existe ninguna cláusula constitucional que exija un reconocimiento idéntico del derecho al trabajo de nacionales y extranjeros.

Sin embargo, una cosa es admitir que los extranjeros en España no tengan reconocido el derecho al trabajo en las mismas condiciones que los españoles y otra muy distinta es considerar que carecen de ningún derecho la-

⁵⁴ Art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado».

⁵⁵ STC n.º 107/1984, cit.; fundamento jurídico 3º.

boral. Y yo considero que sí los poseen y lo considero en base a los siguientes argumentos:

1) En primer lugar, en base al propio argumento mencionado de que la Constitución hace un reconocimiento explícito del derecho a los españoles, pero en ningún momento excluye a los extranjeros, de forma que la situación de estos debe inferirse de una lectura contextual de los diversos intereses implicados objeto de protección constitucional. Y en base a dichos intereses, considero que sí se les deben reconocer determinados derechos laborales y que dicha atribución debe hacerse precisamente «en los términos que establezcan los tratados y la ley».

2) Un segundo argumento a favor consistiría en la interpretación internacionalista de los derechos a la que nos remite el artículo 10.2 de la carta magna. Y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, afirma un derecho a trabajar que corresponde a «toda persona» y no sólo a los nacionales⁵⁷. Y no debemos olvidar que este instrumento une a su intrínseca validez general desde la perspectiva del derecho internacional, su condición de derecho vigente en España, en cuanto tratado internacional ratificado por el Estado español.

3) Pero es que, aunque no existiera un reconocimiento explícito y del más alto rango al respecto, como el que se ha mencionado, considero que el derecho al trabajo, al menos en su contenido más esencial, se halla implícito en el reconocimiento de los derechos más fundamentales de todos: el derecho a la vida y el derecho a la dignidad. Porque el reconocimiento del derecho a una vida digna conlleva necesariamente el reconocimiento del derecho a ganarse dignamente la vida.

4) Además, de la propia lógica que inspira la prohibición del trabajo forzoso en nuestra Constitución y en la legalidad internacional debe deducirse, a mi entender, a «sensu» contrario, la prohibición de que a alguien se le impida trabajar. Porque el trabajo constituye sin duda, un interés legítimo constitucionalmente. Y en la escala de valores constitucionales, merece una mayor consideración el hecho de que una persona se gane la vida dignamente por medio de su trabajo, a que lo haga por otros medios que no tienen porqué ser necesariamente delictivos, pero que, en todo caso, no son objeto de la misma consideración social y reconocimiento constitucional.

5) Hay otro argumento más que considero que debe ser considerado también a favor del mencionado posicionamiento y es el del reconocimiento constitucional a los extranjeros irregulares de la condición de trabajadores y en su vir-

⁵⁶ Lo. cit.

⁵⁷ Art. 23 DUDH, cit.

tud, del derecho a sindicarse libremente del artículo 28 de la Constitución. En desarrollo de las previsiones constitucionales en la materia, la legislación de extranjería, hizo un reconocimiento de dicho derecho a favor de los trabajadores extranjeros, pero excluyendo de su disfrute a quienes estuvieran en situación irregular⁵⁸. En la sentencia del correspondiente recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de expresarse al respecto, en el sentido de considerar dicha exclusión ilegítima y afirmar que dicho derecho corresponde a todos los extranjeros, sin consideración de la regularidad de su situación en España⁵⁹.

Y dicho posicionamiento, resulta especialmente interesante a los efectos del presente trabajo, porque se justifica precisamente la extensión del reconocimiento en el mismo argumento internacionalista antes mencionado en relación al derecho al trabajo de estos mismos extranjeros irregulares. La interpretación extensiva de la titularidad del derecho se hace a partir de la remisión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁰ y a otros tratados internacionales ratificados por España⁶¹, que reconocen indiscriminadamente la libre sindicación a todas las personas. Concretamente, el Tribunal se basa en el art. 2 del Convenio 87 de la OIT para reconocer «a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos», de forma que «no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio...»⁶². En consecuencia considero que debe reformularse en sentido inverso el binomio según el cual si es necesaria la situación de regularidad para ser trabajador, también lo debería de ser para el ejercicio del derecho a la huelga⁶³.

6) Prácticamente iguales reflexiones a las anteriores suscita el reconocimiento a los extranjeros irregulares del derecho a la huelga. Igual que el recurso

⁵⁸ El art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone concretamente: «Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España».

⁵⁹ STC 236/2007, de 7 de Noviembre, BOE 295/2007, de 10 de diciembre.

⁶⁰ Art. 23.4 DUDH: «Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses».

⁶¹ Concretamente, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Convenio europeo de derechos humanos, la Carta social europea y los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

⁶² STC 236/2007, cit., fundamento jurídico 9.

⁶³ GOIG MARTÍNEZ, J. M.: «Inmigración y derechos fundamentales: Jurisprudencia, Legislación y Políticas Migratorias en España», Madrid, 2008, p. 160.

contra la Ley orgánica 4/2000 de extranjería permitió al Tribunal afirmar la inconstitucionalidad de la exclusión de los inmigrantes irregulares del ejercicio del derecho a sindicarse, el recurso contra la nueva redacción de la misma ley —ley orgánica 8/2000— propició que la corte proclamara la inconstitucionalidad de la misma exclusión respecto del derecho de huelga. Resulta especialmente interesante a los efectos del presente trabajo no sólo el hecho de que el Tribunal reconozca que los extranjeros sin autorización para trabajar poseen derecho a la huelga, sino también las razones que fundamentan dicho reconocimiento, que por su relevancia, no me resisto a reproducir. Afirma concretamente el Tribunal que «la exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello —la cual, por lo demás, no están obligados personalmente a solicitar— no se compadece con el reconocimiento constitucional del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE; interpretado conforme a la normativa internacional sobre ese derecho ratificada por España»⁶⁴. De este pronunciamiento se puede deducir que el hecho de no haber obtenido una autorización que ni siquiera le corresponde al trabajador solicitar, sino al empresario, no determina en cascada la nulidad de todos los elementos de la relación laboral y la no consideración de los derechos en ella implicados. En idénticos términos se podría afirmar que la exclusión total del derecho al trabajo de esas mismas personas, tampoco se compadece con la misma interpretación internacionalista del art. 35 CE.

7) A los argumentos expuestos contra la exclusión total de los irregulares de la titularidad del derecho al trabajo, habría que añadir el de la consideración de estos como trabajadores. Los inmigrantes irregulares son fundamentalmente trabajadores. Y tal y como ha establecido reiteradamente el Tribunal Constitucional en relación a la libertad sindical y el derecho a la huelga, la titularidad debe reconocerse a todos los trabajadores, en su caracterización material y no jurídico-formal⁶⁵, de forma que no es óbice para el disfrute de aquel derecho la imposibilidad de celebración válida de su contrato de trabajo, que sí es necesaria en cambio para acceder a la condición jurídico-formal de trabajador.

En resumen, se reconoce la condición de trabajador y en su virtud, unos derechos vinculados a aquella condición, a personas que carecen de autorización para celebrar válidamente un contrato de trabajo. Se trata de una contradicción sólo aparente, ya que el propio carácter tuitivo del derecho del trabajo exige la protección del colectivo de los trabajadores incluso más allá del contexto de la

⁶⁴ STC 259/2007, de 19 de diciembre, BOE 19/2008, de 22 de enero, fundamento jurídico 7.

⁶⁵ Fundamento jurídico 9 de la sentencia 236/2007, cit.

contratación laboral legal, de forma que, como ha afirmado expresamente el tribunal, permita a estos la defensa de sus intereses, incluyendo la lucha por la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma⁶⁶. Lo cual resulta perfectamente acorde con las exigencias derivadas de la definición social del Estado, teniendo en cuenta que la titularidad de derechos se halla condicionada —y habría que añadir que condiciona a su vez— el tratamiento que los grupos en que se ven integrados reciben en el contexto social⁶⁷. Y es que la libertad sindical y el derecho de huelga son derechos instrumentales al derecho al trabajo. No sólo eso; aunque puedan estar tipificados con autonomía, no pueden concebirse al margen de aquel. De hecho, el derecho a sindicarse forma parte constitutiva del derecho al trabajo, como uno más de sus contenidos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde viene tipificado en el párrafo cuarto del artículo 23, que regula el derecho al trabajo.

Y creo que las mismas consideraciones que se hacen respecto de los derechos de sindicación y huelga, deben hacerse también respecto del derecho al trabajo, ya que todos ellos constituyen derechos básicos vinculados a la condición material de trabajador y en consecuencia, también respecto del derecho al trabajo debería reconocerse, como ha hecho expresamente respecto de los otros derechos el Tribunal Constitucional, que tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de la nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador. El hecho de que el derecho al trabajo se afirme en nuestra ley fundamental respecto de los españoles, supone en mi opinión sólo un estatuto específico para ellos, pero en ningún caso la negación de todos sus contenidos para los extranjeros sin autorización. Desgraciadamente, el hecho de no pertenecer el derecho al trabajo al grupo de derechos susceptibles de tutela constitucional, ha impedido que el tribunal se pronunciara sobre el particular y lo hiciera sólo sobre la igualdad de trato en el acceso al trabajo y en su ejercicio. Pero el propio tribunal ha establecido en relación con otros derechos que el hecho de su atribución a los españoles es insuficiente por sí mismo para interpretar si el derecho es atribuible o no a los extranjeros⁶⁸.

Por todos los argumentos anteriormente expuestos y partiendo de las premisas que ha establecido la jurisprudencia constitucional citada, creo que es razonable llegar a la conclusión planteada en la introducción de este trabajo de que

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ OLLERO, A.: «Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, ob. cit., p. 66.

⁶⁸ SSTC 107/1984, 94/1993, 116/1993...

no se puede excluir del todo a los inmigrantes irregulares del ejercicio del derecho al trabajo. Y a partir de este reconocimiento, considero que es necesario replantear la ecuación que viene identificando tradicionalmente al inmigrante sin permiso de residencia como extranjero ilegal, atribuyéndole una suerte de estatuto personal que lo excluiría genéricamente de la legalidad vigente y que convertiría automáticamente al «residente ilegal» en «trabajador ilegal» en cuanto desempeñara algún tipo de actividad laboral.

Y en mi opinión, las anteriores premisas son erróneas y no lo son porque el Estado carezca de potestad para regular la inmigración y para rechazar el acceso o permanencia de ciudadanos extranjeros, sino al margen de ello. Independientemente de los distintos planteamientos que existen sobre esta cuestión, hay que reconocer que, en el estadio actual del derecho internacional, el Estado sigue conservando la prerrogativa de admitir o no en su territorio a ciudadanos extranjeros de forma prácticamente discrecional, con la salvedad del régimen específico de los refugiados. Pero una cosa es reconocer que el Estado puede rechazar la permanencia de los inmigrantes que carecen de permiso de residencia y otra muy distinta es considerar que, si el Estado decide no repatriarlos, o si no es capaz de hacerlo, o incluso durante el intervalo de tiempo hasta que lo consigue, estas personas deban permanecer en una suerte de limbo ajeno a la ley.

Si el extranjero no tiene autorización para residir en España, las autoridades pueden devolverlo a su país de origen. Pero si no lo hacen, mientras la persona permanezca en territorio español, y sometida por tanto a la jurisdicción de las autoridades españolas, esa persona puede ejercer en España todos los derechos que le reconocen tanto la legalidad internacional como la legalidad interna. Y los poderes públicos, por mandato constitucional no sólo deben abstenerse de obstaculizar su ejercicio, sino que deben promover las condiciones necesarias al efecto. Porque el mandato de libertad e igualdad del art. 9.2 CE no va dirigido únicamente a los españoles, sino a todos los individuos y a los grupos en que estos se integran y por tanto, también al colectivo de los inmigrantes.

Desde esta perspectiva, una vez que el ciudadano extranjero vive de hecho dentro del territorio español, las autoridades españolas, que no han sido capaces de hacer cumplir la ley y evitar que entrara, mientras no procedan a la devolución, considero que están obligadas a permitirle trabajar para que pueda ganarse dignamente la vida o que, en otro caso, lo están a garantizarle unos medios dignos de subsistencia hasta que se subsane la situación de interinidad en uno u otro sentido.

Porque, de lo contrario, ¿cuál es la alternativa que se le ofrece al extranjero, que si ha entrado de forma irregular en España, debe presumirse normalmente que es porque no posee unos medios suficientes para vivir dignamente sin tra-

bajar? Pues, al prohibírsele trabajar, se le estaría abocando, si no necesariamente a la delincuencia, si al menos a otras situaciones de dependencia económica. Ni se le repatría, ni se le mantiene, ni se le permite trabajar. Luego, no le quedará más alternativa que vivir de los demás o de actividades ilegales. Visto que las autoridades han sido incapaces de impedir la entrada irregular de extranjeros, ¿es lícito que los fuercen a permanecer inactivos y viviendo de la ayuda que puedan obtener de los ciudadanos españoles? En suma, ¿es lícito que las autoridades de un Estado social de Derecho, en el que el trabajo es considerado un valor constitucional de primer orden, promuevan lo que, dicho con una palabra que puede sonar duro, podríamos definir como «parasitismo» y en cambio persigan a quienes pretenden mantenerse de su trabajo?

En mi opinión, los poderes públicos no pueden eludir su responsabilidad, porque al fin y al cabo, han sido ellos los que han generado la situación, en su incapacidad para impedir el acceso a territorio español de ciudadanos no autorizados. Y una vez constatada esa realidad, no es de recibo que pretendan hacer recaer esta íntegramente en unos trabajadores que en la mayoría de los casos se han visto impelidos a ello. Es lo que sucede, sin embargo, en algunos países cuya legislación, ante el fenómeno de la contratación ilegal, tiende a endosar la responsabilidad sobre el trabajador. Así parece suceder en muchos casos en Estados Unidos, donde la documentación relativa al trabajador resulta fácil de falsificar en un contrato de trabajo y no se realiza una inspección intensiva, de forma que si se llega a evidenciar la contratación irregular, se suele atribuir la responsabilidad al trabajador, al que no le fue difícil falsificar la documentación que le permitió ser contratado bajo apariencia de legalidad, eludiendo así tanto el empresario como los poderes públicos sus eventuales responsabilidades⁶⁹.

Pero tampoco creo que sean de recibo las normas que pretenden endosar íntegramente la responsabilidad de la contratación irregular al empleador. A pesar de la demagogia con que se aborda generalmente este problema, no se debe presumir que toda persona que ofrece trabajo a un inmigrante irregular sea un empresario explotador. De hecho, muchos extranjeros en situación irregular trabajan en labores domésticas o de cuidado de personas y frecuentemente lo hacen para personas con las que mantienen alguna relación personal e igual que hay casos de explotación, los puede haber también de altruismo en personas que ofrecen trabajo a extranjeros que estando ya en España, necesitan ganarse la vida de alguna forma. Y no es de ellos la responsabilidad de no poderles ofrecer un tra-

⁶⁹ Véase al respecto el informe sobre EE.UU. de la Subdirección General de Relaciones Sociales Internacionales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Revista Actualidad Internacional Sociolaboral, número 101, de marzo de 2007, pp. 126 y ss.

bajo legal en este caso. Es evidente que existen empresarios que contratan a irregulares con ánimo de eludir las exigencias legales en materia laboral. Pero esa conducta dolosa no se debe presumir.

Habrá quien alegue que no existe otra alternativa a la prohibición de trabajar a los irregulares. Que el esfuerzo presupuestario a realizar para proceder a la repatriación de todos los inmigrantes irregulares y de mantenerlos hasta la partida con fondos públicos es excesivo. Se trata, en todo caso, de un argumento de oportunidad y por tanto, irrelevante desde la perspectiva de la legitimidad constitucional. Ante el fenómeno del acceso a territorio español de inmigrantes irregulares sólo caben en mi opinión tres respuestas por parte de los poderes públicos: la repatriación voluntaria, la repatriación forzosa y la regularización de la residencia.

En primer lugar, la repatriación puede ser voluntaria o puede pactarse mediante estímulos económicos que ofrezcan las instituciones al extranjero o mediante otro tipo de estímulos, como el compromiso de autorización de una futura entrada «legal». No plantea, por lo tanto, especiales problemas de legitimidad. Pero también puede plantearse de forma forzosa. La repatriación forzosa se realiza contra lo voluntad de quien va a ser repatriado, con lo que afecta de alguna forma a la libertad y puede exigir incluso la privación temporal de esta. Y en consecuencia, para que sea una medida legítima, habrá de adoptarse e implementarse en el curso de un procedimiento con todas las garantías. Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución «es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que (...) corresponden por igual a españoles y extranjeros»⁷⁰. De forma que las medidas de privación de libertad de inmigrantes irregulares deben someterse a las correspondientes garantías constitucionales.

La otra alternativa que es legítima constitucionalmente, además de la mencionada, es decir, el mantenimiento con fondos públicos hasta la repatriación, consiste en la regularización. En el fondo, la regularización no es otra cosa que el reconocimiento de una realidad social en la que una legislación restrictiva de los derechos de determinados colectivos de extranjeros no ha logrado imponerse efectivamente. Y como los poderes públicos tienen la obligación de hacer valer el Estado de Derecho, deciden regularizar las condiciones de residencia y/o trabajo de personas que han incumplido algunos requisitos de entrada en España, pero que, por lo demás, no viven ni actúan al margen de la ley. Lo que conlleva un reconocimiento implícito del estado de necesidad que impulsó a este colec-

⁷⁰ STC n.º 115/1987, de 7 de julio, BOE n.º 180/1987, de 29 de julio, fundamento jurídico 1º.

tivo a esa infracción y demuestra la consciencia del legislador de lo insoslayable que resulta la reproducción de la inmigración irregular en las actuales coordenadas, frente a lo cual la regularización supone una válvula de escape⁷¹.

En resumen, se puede afirmar que existen dos alternativas en principio legítimas constitucionalmente para abordar la situación que se genera como consecuencia del fracaso en la implementación de una legislación restrictiva de extranjería: la repatriación y la regularización. Lo que no pueden hacer los poderes públicos es no adoptar o adoptar de forma limitada o negligente estas dos, o alguna de estas dos medidas y a la vez, prohibir a los extranjeros irregulares que puedan trabajar para ganarse la vida. Por todo ello, considero que los extranjeros, aunque permanezcan en nuestro territorio sin la pertinente autorización de residencia y/o de trabajo, no carecen en España del derecho a trabajar. En primer lugar, porque un contenido mínimo de este derecho se halla implícito en los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad y a la libertad. Y en segundo lugar, porque así lo reconocen expresamente los tratados internacionales ratificados por España respecto de todas las personas.

4. CONTENIDO DEL DERECHO AL TRABAJO

El trabajo, concebido no sólo como derecho, sino también como deber constitucional, viene tipificado, con carácter general, en el art. 35 CE⁷². Dicho artículo no agota, sin embargo, la regulación del derecho, sino que recoge básicamente su dimensión individual, mientras que su dimensión colectiva, en cuanto obligación de los poderes públicos de fomentar el pleno empleo, viene tipificada en el art. 40.1. Por otra parte, existen dos preceptos más del texto constitucional que regulan dicho derecho, aunque con carácter específico para determinados ámbitos. Así sucede, por una parte, con el derecho al trabajo de los penados, enunciado en el art. 25.2 y por otra parte, con el estatuto específico de los funcionarios públicos, regulado en el art 103.3.

A su vez, dentro del propio artículo 35, se contienen varios mandatos de tipo sustantivo y un mandato de carácter formal. Los mandatos sustantivos se reco-

⁷¹ ALARCÓN, M. R.: «El derecho a inmigrar», en VV.AA., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, ob. cit., p. 530.

⁷² «1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores».

gen en el apartado primero del precepto y son: deber de trabajar, derecho al trabajo, libre elección de profesión u oficio, promoción a través del trabajo, remuneración suficiente y no discriminación por razón de sexo. El mandato formal se contiene en el apartado segundo y va dirigido al legislador ordinario, requiriendo de este la elaboración de un Estatuto de los trabajadores.

Sin embargo, una exégesis adecuada del precepto requiere ponderar el conjunto de referentes constitucionales de este, por una parte y sus referentes internacionales, por otra. En cuanto al primero de los aspectos, se hace necesario, considerar su condicionamiento general por la definición social del Estado del art. 1.1 y su concreción en el art. 9.2, y además, atender su vinculación específica con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 y con otros preceptos constitucionales que regulan derechos concretos de los trabajadores. Entre dichos derechos, cuyo ejercicio requiere el previo reconocimiento del derecho al trabajo, habría que tener en cuenta, en todo caso, el derecho de los trabajadores a la sindicación y a la huelga, a la negociación colectiva, a la formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo y descanso laboral, a la protección frente al desempleo y a la participación en la empresa y en la Seguridad Social, además de los derechos específicos de los trabajadores emigrantes.

Y junto a estos referentes constitucionales que ayudan a colegir el sentido y la dimensión del enunciado del art. 35, es necesario considerar también sus correspondientes referentes en el ámbito del Derecho Internacional, aunque no sea más que por consideración del mandato constitucional de interpretación de los derechos de acuerdo con la legalidad internacional del art. 10. 2 CE. Entre dichos referentes ocupan un papel fundamental, aparte de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, además de la Carta Social Europea. Por lo que se refiere al ámbito comunitario, el principal referente, a parte de las propias previsiones de los tratados, lo constituye la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales.

A pesar de las ya mencionadas prevenciones de ciertos autores frente al art. 35 CE, se puede afirmar que, en general, constituye un precepto sin común aceptación en el contenido concreto que se le otorga⁷³, cuestión sobre la que existen importantísimas divergencias en el seno de la doctrina⁷⁴. Los sectores partidarios de

⁷³ SAGARDOY, «Derechos laborales», ob. cit., p. 575.

⁷⁴ SASTRE («El derecho al trabajo», ob. cit., pp. 128-129) clasifica las distintas posiciones doctrinales al respecto en tres grupos, que oscilarían entre los partidarios de un alcance amplio o extenso del derecho, a partir de su conexión con otros derechos constitucionales y quienes le niegan contenido alguno, pasando por quienes le atribuyen un alcance reducido, limitado o restringido como genérico mandato al legislador de promover el pleno empleo.

un contenido mínimo del derecho, lo identifican con la libertad de trabajar del constitucionalismo histórico. Sin embargo, esta identificación que ha venido realizándose por algunos sectores a partir de la propia constituyente⁷⁵, debe ser descartada. Y lo debe ser, en primer lugar, por la propia dicción literal del precepto, que no menciona explícitamente a la libertad de trabajo, sino que incluye como componente del artículo la libre elección de profesión u oficio, que sería uno de los componentes de la libertad de trabajo, pero también del propio derecho al trabajo⁷⁶. En segundo lugar, porque obedece a una caracterización en clave meramente liberal del derecho, propia del constitucionalismo decimonónico, que supone la liberalización de la fuerza de trabajo de las vinculaciones a que estaba sometida⁷⁷ y no se corresponde, por tanto, con la configuración social del Estado y con el resto de los referentes constitucionales con los que se haya estrechamente vinculado el art. 35 y que ya se han mencionado. Y en tercer lugar, por la propia ubicación del precepto en el texto constitucional y por las garantías que de dicha ubicación se derivan⁷⁸, ya que el derecho al trabajo exige una actuación positiva para el individuo, mientras que la libertad de trabajo únicamente supone reducir en lo posible los obstáculos que impiden el trabajo⁷⁹.

La Constitución de 1978 apuesta claramente por una concepción compleja y cualitativa del derecho al trabajo⁸⁰. Compleja, porque posee varios elementos estructurales, además de la propia libertad de trabajar, aunque esta constituye sin duda parte de su núcleo esencial; elementos como son los ya mencionados relativos a la promoción, remuneración y no discriminación, además del deber de trabajar⁸¹ y el mandato de pleno empleo del art. 40. Y cualitativa, porque el precepto constitucional no garantiza la posibilidad de desempeñar cualquier trabajo, sino un trabajo dotado de determinadas características cualitativas vinculadas a dichos elementos y en general, derivadas del derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la persona del trabajador.

En resumen, podemos afirmar que el art. 35 no sólo garantiza la libertad para trabajar, sino que exige además que el trabajo posea unas condiciones que

⁷⁵ Como recuerda Freixes, en «Los derechos sociales...», ob. cit., p. 284.

⁷⁶ FREIXÉS, loc. cit.

⁷⁷ MONEREO, loc. cit.

⁷⁸ FREIXÉS, «Los derechos sociales...», ob. cit., p. 284.

⁷⁹ REVUELTO, M. C.: «El derecho al trabajo en la Constitución, Zaragoza, 1979, pp. 160 y ss.

⁸⁰ Monereo, «El derecho al trabajo», ob. cit., p. 288.

⁸¹ Cuestión cuyo significado tampoco resulta pacífico en doctrina, desde la afirmación histórica del «derecho a la pereza» (Lafargue) o a partir incluso de la prohibición constitucional del trabajo forzado, aunque se trata de una cuestión que excede el objeto del presente trabajo.

permitan identificarlo como un trabajo digno, lo que unido al mandato de promoción del pleno empleo contenido en el art. 40, configura un contenido del derecho al trabajo mucho más amplio que el de la vieja libertad de trabajar. Este contenido amplio del derecho al trabajo viene corroborado también por la ya mencionada interpretación internacionalista de los derechos constitucionales a que nos remite el art. 10.2, lo cual es lógico teniendo en cuenta la fase histórica en que se produce la internacionalización del derecho al trabajo, que determina unas connotaciones concretas, que no son evidentemente las de la libertad de trabajo. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula de una forma especialmente prolija y detallada el contenido del derecho, aunque reconoce explícitamente que la virtualidad práctica de este derecho, al igual que la de los restantes derechos socioeconómicos, viene condicionada por los recursos disponibles⁸².

El derecho viene regulado básicamente en el artículo 23 de dicha Declaración, que posee un enunciado prácticamente coincidente con el del art. 35 CE⁸³, pero que además de los aspectos recogidos en este —libre elección, no discriminación, justa retribución—, incluye el derecho de sindicación, como una concreción más del derecho al trabajo⁸⁴. Además, dicho precepto alude expresamente a la vinculación del derecho con la dignidad humana y a los aspectos cualitativos que, como consecuencia de dicha vinculación, debe poseer la relación laboral («condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo»). Prácticamente similar es el contenido que le atribuye al derecho el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁸⁵ en su art. 7⁸⁶. Dicho

⁸² «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» (art. 22).

⁸³ Excepto en que no se establece el trabajo como deber.

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

⁸⁵ Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

⁸⁶ «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres con-

precepto, incidiendo en estos aspectos cualitativos, afirma no el derecho al trabajo en abstracto, sino «al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias». En los mismos aspectos incide también la Carta Social Europea de 1961⁸⁷, aunque con una regulación aún mucho más prolija, lo cual es lógico teniendo en cuenta que dicho tratado tiene como objeto casi exclusivo el derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores.

Podemos concluir pues, que los principales instrumentos internacionales de garantía de los derechos fundamentales, tanto de ámbito universal como regional europeo, configuran el derecho al trabajo con un contenido prácticamente idéntico al del art. 35 CE, aunque sin mencionar el «deber de trabajar» e incidiendo más explícitamente en los aspectos cualitativos de la prestación laboral. Y esa es también la interpretación que ha venido haciendo el Tribunal Constitucional, que ha afirmado expresamente que «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar»⁸⁸, a pesar de que esta constituye «la raíz misma del derecho al trabajo» y forma parte, por lo tanto de su contenido esencial⁸⁹. Pero el derecho al trabajo supone también en la opinión del alto tribunal el «derecho a un puesto de trabajo»⁹⁰. Desde dicha perspectiva, el derecho posee «un doble aspecto: individual y colectivo», cada uno de los cuales se reconoce respectivamente en los artículos 35.1 y 40.1 CE⁹¹. En su aspecto individual, se desdobra a su vez en dos componentes distintos aunque complementarios: Por una parte, en el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones o, en la terminología del tribunal «el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación»⁹². Y por otra, en el derecho a la permanencia o estabilidad en el empleo o, lo que es lo mismo, el derecho «a no ser despedido si no existe una causa justa»⁹³. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un «mandato a los poderes públicos para que

diciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

⁸⁷ Ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio de 1980).

⁸⁸ STC n.º 22/1981, de 2 de julio, BOE n.º 172/1981, de 20 de julio, f.j. 8.

⁸⁹ Fundamento quinto de la citada sentencia.

⁹⁰ Fundamento octavo de la misma.

⁹¹ Loc. cit.

⁹² Idem.

⁹³ Ibid.

lleven a cabo una política de pleno empleo»⁹⁴. Esta faceta institucional del derecho constituye una consecuencia necesaria del reconocimiento de su dimensión subjetiva, puesto que, en caso contrario, se estaría negando el ejercicio de dicho derecho a una parte de la población⁹⁵.

En resumen, el contenido ordinario del derecho al trabajo reside además de en la libertad de trabajar, en el derecho a acceder en condiciones de igualdad al puesto de trabajo y en el derecho a la estabilidad en dicho puesto, reconocimiento que conlleva, en su vertiente institucional, la exigencia de una política de pleno empleo. Se trata, sin duda, de un contenido heterogéneo, como se ha visto en el apartado relativo a la naturaleza del derecho y como consecuencia de ello, es también diversa la virtualidad de sus diversos elementos constitutivos. Así, el mandato de pleno empleo va dirigido únicamente a los poderes públicos, sometiendo su política al control por parte de la jurisdicción constitucional de los correspondientes desarrollos legislativos⁹⁶. Sin embargo, los mandatos de no discriminación en el acceso al puesto de trabajo y de estabilidad en él, al igual que algunos de los aspectos cualitativos relativos al desarrollo de la relación laboral (promoción, remuneración, descanso...), además de poseer una incidencia directa sobre la negociación individual y colectiva, son directamente accionables por los particulares en sede jurisdiccional, al igual que en general son susceptibles de dicho control por parte de la justicia ordinaria todas las actuaciones administrativas eventualmente contrarias al mandato constitucional.

De lo dicho, podemos concluir que el derecho al trabajo posee un contenido constitucional que no es en absoluto homogéneo y que, en consecuencia, tampoco resultan homogéneos los instrumentos constitucionales de garantía de esos contenidos diversos. Ya se ha mencionado que, aunque resulta evidente que la virtualidad práctica de alguno de sus elementos se halla especialmente condicionada por circunstancias fácticas, como en general sucede con los derechos socioeconómicos, ello no debe llevarnos a negarle al derecho al trabajo su carácter de derecho constitucional y además privilegiado por su adscripción al Capítulo segundo del título de los derechos, lo que le dota de la garantía específica de la reserva de ley del art. 53. O lo que es lo mismo, podemos afirmar, invirtiendo el binomio, que el art. 53 «dota» al derecho al trabajo de un contenido esencial indisponible. Pero, ¿cuál es el contenido concreto de este núcleo indisponible del derecho?

⁹⁴ STC 22/1981, citada, f.j. 8.

⁹⁵ Loc. cit.

⁹⁶ Control que no abarca, por supuesto, los criterios de oportunidad, que compete valorar al legislador, sino sólo de legitimidad, aunque este último incluye el principio de proporcionalidad de la actuación legislativa.

Ya se ha adelantado también que la libertad de trabajar forma parte, sin duda, del contenido esencial del derecho, ya que esta posee una estructura similar a los derechos civiles, al carecer del contenido prestacional que tienen algunos de los demás contenidos. Pero el contenido esencial del derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar. Existen también otros aspectos del contenido del derecho sustraídos a la libre disposición del legislador. Voy a tratar de concretarlos siguiendo el hilo conductor de las distintas dimensiones —individual y colectiva— que el Tribunal Constitucional ha individuado en el contenido de dicho derecho.

En cuanto a la vertiente colectiva del derecho, que se materializa en el mandato de pleno empleo contenido en el art. 40.1, parece evidente que el respeto de su núcleo esencial contiene, por un lado, una obligación de no hacer, que excluye cualquier desarrollo legislativo que no vaya dirigido a un objetivo de pleno empleo, al igual que impide la derogación de normas dirigidas a tal fin, si no es para sustituirlas por otras de idéntica finalidad. Pero incluye también una obligación de hacer dirigida al legislador exigiéndole un desarrollo legislativo acorde. Y conviene recordar también que dicho mandato no se dirige tan sólo al legislador, sino también a la Administración, impelida a desarrollar políticas de pleno empleo; al juez, que debe interpretar la norma en el sentido más favorable a ese fin; e incluso a los particulares, impidiendo la utilización de su autonomía en detrimento de aquel.

Sin embargo, no es posible obviar que el mandato constitucional de pleno empleo plantea un problema evidente de interpretación, ya que nos remite inexorablemente a consideraciones políticas. Y pocas cuestiones políticas suscitan menos consenso en la actualidad en las sociedades desarrolladas que la relativa a lo que puede considerarse como una «política de pleno empleo». No cabe duda al respecto de que la apertura constitucional determina un amplio margen de disponibilidad del legislador ordinario en su configuración, pero tampoco de que ese margen no es ilimitado, ya que permanece en última instancia sometido al control de razonabilidad y proporcionalidad de la norma por parte de la jurisdicción constitucional.

Por otra parte, el mandato de pleno empleo plantea el problema de sus destinatarios, ya que el art. 40.1 no concreta quienes son estos, sino que menciona genéricamente que los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo. Al no concretarlo, tampoco limita la obligación de las instituciones hacia los ciudadanos españoles. Aunque la obligación resulta obvia respecto de los nacionales, tampoco debe excluirse respecto del resto de personas que viven en territorio español y se hallan por tanto sometidas a la jurisdicción de las autoridades españolas. Podrá alegarse quizá que el mandato es más inten-

so respecto de los españoles; pero en mi opinión no puede afirmarse que carezca de contenido para los extranjeros que residen efectivamente en España. En primer lugar, por la propia dicción textual del precepto. Y en segundo lugar, por las mismas razones que he utilizado previamente para defender la extensión a esos mismos extranjeros del art. 35, que posee un tipo literalmente más restrictivo en sus destinatarios.

Por lo que se refiere a la vertiente individual del derecho, la reserva de ley garantiza el núcleo esencial del derecho al trabajo del art. 35, núcleo que debe entenderse, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, como el «derecho a acceder al empleo y a permanecer en él». En este sentido, se prohíbe cualquier desarrollo legislativo discriminatorio en el acceso a un puesto de trabajo⁹⁷ y se garantiza el carácter estable de la relación laboral, favoreciendo, en consecuencia, la regulación de formas de empleo indefinido y prohibiendo la supresión del empleo existente, si esta no tiene una causa justa y se realiza de forma arbitraria⁹⁸.

Sobre este particular en concreto, es decir, sobre la virtualidad que proyecta el derecho constitucional al trabajo sobre el momento constitutivo del contrato de trabajo, no existe unanimidad en la doctrina. Hay quienes consideran que la estabilidad afirmada expresamente por el Tribunal Constitucional sólo debe afectar a la extinción de la relación laboral, pero no a la fase de la contratación misma, por lo que no admiten que la contratación temporal exija un principio de causalidad. Personalmente considero que su no mención expresa por parte del Tribunal Constitucional no justifica semejante interpretación restrictiva⁹⁹.

Por otra parte, conviene tener en cuenta también que el art. 35 no garantiza el derecho a acceder a un puesto de trabajo sin más, sino a un puesto de trabajo que ha de reunir determinadas condiciones mínimas, como son la posibilidad de promoción y la remuneración suficiente¹⁰⁰, contempladas en el propio

⁹⁷ Salvo que la discriminación pueda estar justificada por otros objetivos constitucionales concurrentes, es decir, que se trate de lo que se conoce como «discriminación positiva».

⁹⁸ El alto tribunal afirma expresamente el derecho a la estabilidad en el empleo, entendida como el derecho «a no ser despedidos si no existe una causa justa» (STC 22/1981, cit., fundamento 8).

⁹⁹ Como advierte Monereo en «Derecho al trabajo...», ob. cit., p. 327.

¹⁰⁰ Sobre la suficiencia del salario, no existen criterios pacíficos en doctrina, pero existe, al menos en relación al salario mínimo, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de que, al margen de los logros de la autonomía colectiva, los poderes públicos tienen la obligación de establecer «...techos salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1» (STC 31/1984, de 7 de marzo, BOE 80/1984, de 3 de abril, f.j. 9).

artículo 35¹⁰¹. Pero también otras, como la formación y readaptación profesional, seguridad e higiene, descanso necesario, etc; que, aunque no se mencionen explícitamente en dicho artículo e incluso a pesar de su ubicación fuera del capítulo segundo, forman parte del núcleo esencial del derecho al trabajo, entendido como trabajo «digno» en su inextricable conexión con la dignidad y el desarrollo de la personalidad del art. 10.1.

Considero que esos elementos cualitativos de la relación laboral forman parte inexorablemente, a su vez, del contenido mínimo del mandato constitucional previsto en el apartado segundo del art. 35, que encomienda al legislador ordinario regular un Estatuto de los trabajadores. No se trata en mi opinión de un mandato superfluo, al margen de los excesos que lo han podido convertir en un «mito normativo»¹⁰². Y no lo es porque la tipificación expresa del mandato de regulación de un Estatuto de los trabajadores en un precepto del capítulo segundo, en todo caso, prefigura la atribución a aquel de un contenido esencial¹⁰³, contenido esencial que el art. 53 esta llamado a salvaguardar. Y ese contenido incluye, en mi opinión, las condiciones mínimas de dignidad relativas al puesto de trabajo.

Todas las anteriores consideraciones esbozan los perfiles del núcleo esencial del derecho al trabajo. Sin embargo, conviene tener en cuenta que, al igual que sucede con otros derechos, tampoco el derecho al trabajo tiene un contenido esencial homogéneo con independencia de las características específicas de cada tipo de relación laboral. Porque en cada modalidad laboral, los intereses objeto de protección constitucional mediante el derecho al trabajo pueden poseer una entidad distinta; y por otra parte, porque, en el ámbito en el que se desarrolla la prestación laboral, confluyen con otros intereses igualmente objeto de protección constitucional, todo lo cual va a determinar un estatuto variable del derecho. Así sucede, por ejemplo, que el derecho al trabajo posee unas connotaciones distintas en relación con el trabajo autónomo que respecto del heterónimo, como consecuencia de que, en el primero de ellos, los intereses protegidos por los derechos de propiedad y libre empresa coinciden sobre un mismo titular con los intereses protegidos por el derecho al trabajo. Incluso,

¹⁰¹ El puesto de trabajo «no sólo ha de ser adecuado, en cuanto suficientemente retribuido, libremente elegido y susceptible de permitir una adecuada promoción social y personal, sino que además...debe ser estable o duradero» (Monereo, «El derecho al trabajo...», ob. cit., p. 319).

¹⁰² DE LA VILLA, «El Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos», Madrid, 1980, pp. 17 y ss.

¹⁰³ «...el «Estatuto» de los trabajadores está en la Constitución, puesto que es en ella donde se recogen las libertades y derechos básicos configuradores del nuevo modelo laboral...», en palabras de Sagardoy (Derechos laborales...», ob. cit., pp. 583-584).

dentro del trabajo heterónimo, se puede producir una coincidencia parcial en dichos intereses, tal y como sucede en las sociedades anónimas laborales o en las empresas cooperativas. Pero aún en el caso de que dichos intereses no confluyan ni total ni parcialmente, como sucede en la relación individual de trabajo típica, el contenido del derecho puede variar en función de la entidad que posea la protección constitucional de los diversos intereses implicados. Así, por ejemplo, puede variar en función de que el trabajo se desempeñe en un ámbito que es objeto de una consideración especial en la Constitución. Lo que sucede, por ejemplo, con el trabajo de los reclusos y con el de los funcionarios públicos, que poseen unas características específicas respecto de su ejercicio en otros ámbitos. Pero no sólo sucede esto como consecuencia de que exista una previsión constitucional expresa. También sucede en general en función de las características concretas que posee en cada caso la prestación laboral y del ámbito empresarial en que se inserte. Y por último, el ejercicio del derecho por parte de su titular puede verse constreñido no sólo por su concurrencia con otros intereses, sino también por su concurrencia con la tutela de ese mismo interés a otros titulares. Así sucede, por ejemplo, con la política de empleo basada en la jubilación forzosa que, como ha tenido ocasión de advertir el Tribunal Constitucional, «supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo»¹⁰⁴, pues en ella se limita temporalmente al primero su ejercicio mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse con la finalidad de hacérselo posible al segundo¹⁰⁵.

En todo caso, corresponde, sin duda, al legislador ordinario ponderar la entidad de los intereses concurrentes en la configuración normativa de cada ámbito laboral y empresarial, para lo cual posee, como ya se ha visto, un amplio margen de discrecionalidad, aunque no se trata de un arbitrio absoluto, pues esta sometido, en última instancia al juicio de razonabilidad y proporcionalidad del Tribunal Constitucional. Y en última instancia, el derecho constitucional al trabajo debe preservar las condiciones mínimas de dignidad relativas al puesto de trabajo y debe hacerlo tanto respecto de los ciudadanos españoles, como respecto de los extranjeros que trabajan en España, aunque lo hagan en situación irregular.

¹⁰⁴ STC 22/1981, cit., f.j. 8.

¹⁰⁵ Loc. cit.

5. ESPECIFICIDADES DEL DERECHO AL TRABAJO DE LOS IRREGULARES

Hechas estas consideraciones sobre el contenido que se puede atribuir con carácter general al derecho al trabajo en nuestro sistema constitucional, voy a intentar examinar las especificidades del derecho al trabajo que en mi opinión poseen los inmigrantes irregulares, aunque soy consciente de que la afirmación de que los extranjeros que residen irregularmente en España poseen derecho a trabajar plantea muchísimas incógnitas y la principal de ellas, la relativa al contenido de ese derecho a trabajar. Porque es evidente que el hecho de que posean un derecho al trabajo no implica necesariamente que ese derecho deba poseer el mismo contenido que el derecho al trabajo que poseen los españoles. El Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que el reconocimiento del derecho a la igualdad en conexión con el reconocimiento a los extranjeros de determinado derecho, no implica necesariamente la misma situación de unos y otros ante el derecho, excepto en «aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que...corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles»¹⁰⁶.

En el resto de los casos, sin embargo, la configuración legislativa del derecho puede prescindir de tomar como dato relevante para modelar el ejercicio del derecho, la nacionalidad o la ciudadanía del titular o puede no hacerlo¹⁰⁷. Es al legislador a quien corresponde esa decisión, sin que un trato diferente de españoles y extranjeros implique automáticamente una conculcación del derecho a la igualdad, ya que la igualdad ante la ley del art. 14 CE se predica exclusivamente de los españoles «y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros¹⁰⁸».

En resumen, es perfectamente admisible que los extranjeros posean un derecho al trabajo con un contenido distinto del derecho al trabajo que poseen los españoles, porque sus derechos se garantizan «en los términos que establezcan los tratados y la ley¹⁰⁹». Y ni en los tratados internacionales ratificados por España ni en la legislación de extranjería se realiza tal equiparación con carácter general.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de expresarse sobre la eficacia de la igualdad en relación a algunos aspectos del derecho al tra-

¹⁰⁶ STC n.º 107/1984, cit., fundamento jurídico 3º.

¹⁰⁷ Loc. cit.

¹⁰⁸ Loc. cit.

¹⁰⁹ Art. 13 CE.

bajo. Y concretamente, en relación a las condiciones de acceso al puesto de trabajo, rechazando que exista al respecto una igualdad necesaria en el tratamiento de nacionales y extranjeros y reconociendo que se pueda someter dicho acceso a determinadas autorizaciones que no resultan exigibles para los españoles¹¹⁰.

Sin embargo, el propio tribunal ha afirmado que «sí se da esa igualdad para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, aunque con excepciones»; cuestión que menciona pero que no llega a concretar. No aclara, pues, cuales sean esas excepciones, ni en virtud de qué se establecen. Ni siquiera queda claro si en ese pronunciamiento concreto el alto tribunal está interpretando la Constitución o la legislación de extranjería.

Porque, si se parte de que el derecho a la igualdad constitucionalmente protegido se predica únicamente de los españoles, la consecuencia lógica es pensar que no todos los derechos laborales que adquieran los españoles tienen que ser aplicables necesariamente a los extranjeros. Por supuesto que habría un núcleo mínimo de derechos exigidos por el respeto a la dignidad del trabajo que no podrían ser ignorados por el legislador; pero, a partir de ahí, se trataría de un derecho de configuración legal, por lo que el legislador, al no verse constreñido por un principio de igualdad de trato más que entre españoles, podría regular otros derechos laborales de forma diferenciada para estos y para los extranjeros.

El régimen de los trabajadores extranjeros en situación regular será, por tanto, el que establezca la legislación de extranjería, siempre y cuando esta no conculque el contenido esencial que debe poseer el derecho al trabajo para que el trabajo pueda ser considerado como un trabajo digno. Y así sucede con la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que concreta, entre otros, los derechos laborales de los extranjeros en situación regular¹¹¹. Además, en el ámbito del trabajo de los extranjeros, tienen especial relevancia los tratados internacionales, que tienden a introducir un principio de igualdad y no discriminación en el puesto de trabajo, aunque sin que se llegue a imponer una igualdad absoluta¹¹².

Por todo ello, considero que cuando el Tribunal Constitucional afirma que los trabajadores extranjeros poseen los mismos derechos laborales que los espa-

¹¹⁰ Fundamento jurídico 4º de la STC n.º 107/1984, cit.

¹¹¹ Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre y 14/2003, de 20 de noviembre.

¹¹² Resulta ilustrativo al respecto el trabajo de Jesús Cruz Villalón «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en VV.AA.: «Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española», ob. cit., pp. 531 y ss.

ñoles «aunque con excepciones», debe interpretarse en el sentido de que poseen un núcleo básico de derechos en común. Y por otra parte, tampoco se puede descartar que la regulación genérica de estos derechos sea aplicable subsidiariamente a los extranjeros, cuando la legislación de extranjería carezca de previsiones específicas.

En el caso de los «irregulares», sin embargo, la cuestión se plantea en unos términos bastante menos claros. En primer lugar, porque su propia situación presupone la inexistencia de previsiones legales específicas y en segundo, porque tampoco existe un reconocimiento jurisprudencial de su derecho básico al trabajo y por lo tanto, de los derechos vinculados a él. Lo cual no significa que el derecho al trabajo que considero que poseen los extranjeros «irregulares» consista en una simple libertad de trabajar propia del liberalismo decimonónico, sin más condicionantes que las cláusulas derivadas del ejercicio de la autonomía privada. En absoluto. La naturaleza tuitiva del derecho del trabajo en general y especialmente en el seno del Estado social y las propias condiciones en las que se ejerce el trabajo subordinado por parte de estos trabajadores exigen que se garantice el respeto de un núcleo de derechos básicos.

¿Cómo se podría concretar ese núcleo? Una alternativa sería considerar de aplicación a estas personas el régimen que se aplica a los españoles que ejercen como trabajadores sin que exista un contrato de trabajo legalmente suscrito. Porque, aunque se ha visto que no existe una exigencia constitucional de equiparación de los derechos laborales de españoles y extranjeros, podría considerarse de aplicación ese régimen con carácter subsidiario, ante una falta de previsión legal específica.

Sin embargo, la primera dificultad que surge es que este planteamiento conllevaría en principio la presunción del carácter indefinido de la relación laboral. Y ello resulta difícil de casar con el hecho de que el ciudadano extranjero carezca de un derecho a permanecer indefinidamente en el país. Además y en base a los argumentos antes apuntados, la aplicación subsidiaria de la legislación laboral genérica implicaría una discriminación positiva de los extranjeros en situación irregular con respecto a aquellos que poseen un status regular, lo que parece en principio inadmisibile, por lo que lo lógico sería considerar extensible el status de los trabajadores extranjeros regulares a los irregulares. Sin embargo, tampoco aquí terminan los problemas, ya que esa extensión no puede hacerse indiscriminadamente.

Así, por ejemplo, sucede con la mencionada duración de la relación laboral, que en el caso de los trabajadores extranjeros regulares tiene un doble condicionante: en primer lugar, la propia duración del contrato y en segundo, el hecho de que esta duración no puede en ningún caso ser superior a la otorgada en la

autorización para trabajar en España. En el caso de los trabajadores extranjeros en situación irregular, el carácter de permanencia que en principio posee toda relación laboral cede no sólo ante los condicionantes que puedan proceder de la naturaleza de la prestación laboral, sino también ante el hecho objetivo de que el trabajador carece de autorización expresa para la residencia y en su virtud, puede ser repatriado, por lo cual podría entenderse que dicha relación expira en la fecha en que se proceda legalmente a la repatriación.

Por tanto, algunos de los contenidos del derecho al trabajo son diferentes para los españoles y extranjeros. El derecho al acceso a un puesto de trabajo y a la permanencia en él, quedan modulados para los extranjeros en función de las condiciones de su permanencia en España. Pero al margen de la vinculación al tiempo de permanencia, tampoco parece admisible ninguna otra limitación de estos contenidos discriminatoria para los extranjeros, como podría ser la admisión respecto de aquellos del despido libre o el establecimiento de una prelación en caso de despido colectivo basado en el criterio de la nacionalidad¹¹³.

En consecuencia, haciendo abstracción de las limitaciones en cuanto al derecho a acceder y a permanecer en el trabajo, parece que en principio, el contenido del derecho al trabajo de los extranjeros, ya sean estos regulares o irregulares, no es esencialmente distinto del de los españoles o del de aquellos extranjeros con un derecho al trabajo asimilado al de los españoles, aunque se trata de una cuestión que no ha sido concretada del todo por el Tribunal Constitucional, ni ha recibido una atención suficiente hasta el momento en la doctrina, que se ha preocupado más por la regulación de la entrada y permanencia de los trabajadores extranjeros, que por la situación laboral de quienes ya desempeñan un trabajo en nuestro país¹¹⁴.

En resumen, considero que las «condiciones de trabajo» deberían ser básicamente iguales para españoles y extranjeros. Esa es también la solución por la que opta la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹¹⁵. Se trata de un tratado de ámbito universal que regula los derechos de los trabajadores extranjeros en todo el mundo y que abarca tanto a los que se hallan en situación regular como

¹¹³ TARABINI-CASTELLANI, M.: «Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos», ob. cit., p. 218.

¹¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en VV.AA.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, ob. cit., p. 533.

¹¹⁵ Convención adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

irregular. Aunque el tratado ha entrado en vigor en el 2003¹¹⁶, desgraciadamente no ha sido ratificado aún por España ni por la mayoría de los países receptores de trabajadores emigrantes¹¹⁷, por lo que su virtualidad es aún limitada. Dicho tratado pretende garantizar los derechos de todo el colectivo de trabajadores migratorios y de sus familias. Pues bien, dentro de los derechos que se intentan garantizar a este colectivo se hallan tanto los derechos fundamentales de carácter general como los derechos específicamente vinculados al trabajo, como son el propio derecho al trabajo (art. 25), la libertad sindical (art. 26), el derecho a la seguridad social (art. 27) y el derecho a la asistencia médica (art. 28).

El artículo 25, que regula el derecho al trabajo, establece un régimen de equiparación de los trabajadores extranjeros, ya sean regulares o irregulares a los nacionales en todo lo que se refiere a las «condiciones de trabajo», lo que incluye expresamente «las horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término». El epígrafe segundo de dicho artículo hace extensiva la equiparación a lo que denomina «condiciones de empleo» y que serían las relativas a edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo. La equiparación que se produce en todos estos aspectos entre todos los trabajadores es absoluta en la convención.

Pues bien. Parece evidente que se trata de todos los aspectos básicos del régimen de prestación de la relación laboral típica, de forma que este tratado no hace sino ratificar el criterio de que, al margen de las diferencias en el acceso y permanencia en el trabajo, en cuanto al resto de las condiciones de la relación laboral no debe haber discriminaciones sustanciales entre los trabajadores nacionales y los extranjeros y esto debe ser así independientemente de que estos últimos posean o no autorización para trabajar.

En conclusión, considero que el contenido del derecho al trabajo del que gozan en España los trabajadores extranjeros irregulares es básicamente igual al de los españoles, al margen de las especificidades relativas al acceso y duración de la relación. Y considero que no es esencialmente distinto en primer lugar, porque como ya se ha visto, existe un núcleo básico de derechos laborales vinculados a la

¹¹⁶ Concretamente, desde el 1 de julio de 2003, en que consiguió la ratificación por un número total de 20 países, tal y como exige el artículo 87 de la propia convención.

¹¹⁷ Hasta el presente, ha recibido la ratificación de un total de 42 países, incluidos los principales emisores de mano de obra.

dignidad del trabajador que no pueden ser ignorados por la legislación. En segundo lugar, porque ante la falta de desarrollos legislativos específicos, deberá aplicarse por analogía a los trabajadores extranjeros el mismo régimen laboral que a los españoles. En tercer lugar, porque así lo establecen expresamente las normas internacionales sobre la materia y en concreto la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, además de diversos convenios en la materia de la OIT¹¹⁸. Y en última instancia, porque aunque en principio la legislación puede reservar determinados derechos a los españoles, resultaría extraño que una norma creara condiciones laborales discriminatorias para los trabajadores extranjeros, de forma que un mismo empleador pudiera discriminar a algunos de sus trabajadores en función de la nacionalidad, lo que sería difícil de justificar¹¹⁹.

Pero es que además, si las leyes hicieran esto, es decir, regularan una relación laboral con menores derechos para los extranjeros, la aplicación de la norma resultaría probablemente contraproducente para los intereses de los trabajadores españoles supuestamente privilegiados, ya que el empleador tendería a contratar a aquellos trabajadores que le provocaran a él menos obligaciones, es decir, a los extranjeros. La consecuencia sería que el régimen laboral específico de los extranjeros, en lugar de favorecer la protección de la mano de obra española, se estaría moviendo en dirección contraria, como ha advertido acertadamente la doctrina¹²⁰. Así puede suceder en la práctica, por ejemplo, con el contrato de formación, que permite la contratación de trabajadores con sueldos y cotizaciones a la seguridad social más bajos de los comunes, siempre que estos trabajadores estén dentro de unos determinados límites de edad. Pues bien, resulta que la actual redacción del art. 11.2 del Estatuto de los trabajadores¹²¹ excluye con carácter general para los extranjeros los límites de edad establecidos para dicha modalidad contractual. También es cierto que dichos límites se excluyen con carácter excepcional para determinados colectivos de españoles (minusválidos, personas en situación de exclusión social...). Pero en el caso de los extranjeros, el requisito de que la edad esté comprendida entre los 16 y 21 años desaparece con carácter general. Lo que permite la contratación no excepcional

¹¹⁸ Concretamente los convenios 97 y 143, relativos a los trabajadores migrantes.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en VV.AA.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 29.

¹²⁰ TARABINI-CASTELLANI, ob. cit., p. 219.

¹²¹ A partir de su modificación por la ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, BOE 164/2001, de 10 de julio.

de extranjeros con un contrato con derechos limitados, una opción que, en el caso de los españoles, sí tiene un carácter excepcional y con el eventual efecto añadido de incentivar al empresario a la contratación de extranjeros en detrimento de los nacionales.

En consecuencia, considero que este tipo de discriminaciones entre extranjeros y españoles en relación al contrato de trabajo no resultan admisibles desde una perspectiva constitucional. No porque considere que no pueda existir ningún tipo de discriminación. Ya he afirmado con anterioridad que estoy de acuerdo con el Tribunal Constitucional cuando afirma que los trabajadores extranjeros poseen los mismos derechos laborales que los españoles «aunque con excepciones». Existen diferencias admisibles en el acceso al trabajo y podrían existir también en el desarrollo de la relación contractual, pero su propio carácter excepcional exige su justificación en la salvaguarda de intereses legítimos constitucionalmente y no en consideraciones meramente coyunturales. Y adoptar medidas legislativas que favorezcan la contratación de extranjeros en condiciones menos onerosas para el empresario no casa muy bien, al menos aparentemente, con el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo de los españoles, mandato que no es sino la vertiente institucional del derecho al trabajo¹²², sin la cual, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, se impediría el ejercicio de ese derecho a una parte de la población¹²³. En resumen, no serían admisibles las diferencias de trato de extranjeros que perjudicaran la realización del mandato de pleno empleo de los españoles, ni cualquier otra incompatible con los objetivos que impone el legislador constitucional al ordinario.

Y considero que todas estas reflexiones son extensibles por igual al resto de los contenidos de la relación laboral, que no exige con carácter absoluto una igualdad de trato para los españoles y los extranjeros, pero que sólo admite estas diferencias con carácter excepcional y siempre que estén legitimadas en la salvaguarda de intereses constitucionales. Y estimo además, que las mismas pueden predicarse no sólo del contenido de la relación laboral de los extranjeros con autorización de trabajo, sino también de aquellos que desarrollan efectivamente una actividad laboral en España a pesar de carecer de dicha autorización.

¹²² URIARTE, R.: «El art. 40 C.E.», en VV.AA.: «Los principios rectores de la política social y económica», Madrid, 2004, p. 65.

¹²³ STC 22/1981, de 2 de julio, BOE 172/1981, de 20 de julio, fundamento 8.

6. CONCLUSIONES

Como conclusión de todo lo dicho, creo que se puede afirmar que los extranjeros que residen de forma irregular en España no carecen totalmente de derecho a trabajar, ya que un contenido mínimo de este viene necesariamente exigido por el reconocimiento constitucional a todas las personas de los derechos a la vida, a la dignidad y a la libertad y viene exigido también por los tratados internacionales ratificados por España y en concreto, por la Declaración Universal de los Derechos humanos. Sin embargo, el contenido que pueda poseer este derecho no tiene porqué coincidir necesariamente con el del derecho al trabajo que poseen los españoles en virtud del artículo 35 de la Constitución, ya que el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad no comporta una igualdad de trato entre españoles y extranjeros respecto de todos los derechos. De hecho, existen importantes diferencias entre españoles y extranjeros en el acceso al puesto de trabajo y en la duración de este e incluso no se puede descartar que pudieran existir diferencias en el ejercicio del trabajo, aunque estas tendrían siempre un carácter excepcional y tendrían que estar justificadas en un interés objeto de protección constitucional.

Title

THE RIGHT TO WORK AND THE IRREGULAR FOREIGNERS.

Resumen

El artículo analiza desde una perspectiva de derecho constitucional la situación en España de los trabajadores extranjeros irregulares, defiende que estos poseen un derecho al trabajo de rango constitucional e intenta delimitar el contenido de este derecho en relación al derecho al trabajo del que son titulares los españoles. Plantea como conclusión que el contenido de dicho derecho no tiene porqué coincidir con el de los españoles. De hecho, considera que difiere del de estos en algunas cuestiones importantes, especialmente en los aspectos del acceso y de la permanencia en el puesto de trabajo. Sin embargo, a partir del análisis de la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional español y de los tratados internacionales en la materia, considera que el contenido de este derecho es sustancialmente igual en lo que respecta a los demás elementos de la relación laboral y en concreto, a las condiciones de desempeño de la relación laboral ya existente o condiciones de trabajo.

Abstract

The article analyzes from a perspective of constitutional law the situation in Spain of the foreign irregular workers, defends that these possess a right to the work of constitutional range and tries to delimit the content of the above mentioned right in relation to the right to the work of which the spaniards are titular. It raises as conclusion that the content of the above mentioned right does not have to coincide with that of the Spanish. In fact, the article defends that this right differs of from these in some important questions, specially in the aspects of the access and of the permanency in the working place. Nevertheless, from the analysis of the doctrine of the Constitutional Spanish Court and the international agreements in the matter, it defends that the content of this right is substantially equal regarding other elements of the labour relation and in concrete, to the conditions of performance of the already existing labour relation or conditions of work.

Palabras clave

Derechos fundamentales, derecho al trabajo, inmigración irregular.

Key words

Fundamental Rights, right to the work, irregular immigration.