

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 68. Cuarto trimestre 2002

Pérez Martín, Elena

Profesora titular. EU de Derecho internacional privado de la URJC

LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: EL DERECHO AL TRABAJO Y LAS LIBERTADES POLÍTICAS CONEXAS, EL DERECHO DE SINDICACIÓN Y EL DE HUELGA

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: EXTRANJEROS. TRABAJADORES EXTRANJEROS. EXTRANJERIA. DERECHOS HUMANOS. DERECHOS LABORALES.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. La posición jurídica de los extranjeros frente al ordenamiento jurídico español
 - 1. El alcance hermenéutico del artículo 10.2 y el artículo 13.1 de la CE
 - 2. Los textos internacionales de protección de los derechos humanos
 - 3. La Carta de Derechos Fundamentales
 - 4. La interpretación del Tribunal Constitucional
 - 5. El régimen constitucional de la LEx
- III. El derecho al trabajo de los extranjeros en España
 - 1. Contenido del derecho al trabajo: el acceso al mercado laboral y las condiciones en las que debe prestarse la actividad laboral
 - 2. El derecho al trabajo en la LEx
 - 3. Conclusiones
- IV. La libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros en España
 - 1. La regulación de la libertad sindical y el derecho de huelga en la LEx
 - 2. Conclusiones

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente son dos las vertientes con las que se ha configurado el régimen legal de los extranjeros en España. Por un lado, se puede distinguir una vertiente constitucional, y por otro, una vertiente administrativa. La primera de las vertientes se refiere al conjunto de derechos y libertades de que disfrutaban los extranjeros en España, o dicho de otra manera, su estatuto constitucional. La segunda, la vertiente administrativa, el conjunto de condiciones o requisitos para la entrada, permanencia, trabajo y salida de los extranjeros del territorio nacional. En relación con el estatuto constitucional de los extranjeros en España que será objeto de estudio en las páginas siguientes, la vigente LEx. dedica el Título primero a su concreción, así como a las garantías jurídicas. En este sentido, se consagran para los extranjero, la igualdad con los españoles y la interpretación de las normas de extranjería sobre la base de las Declaraciones Universales de Derechos Humanos; el derecho a la documentación, la libertad de circulación, de reunión, de asociación, de sindicación y huelga; derecho a la educación, asistencia sanitaria, a la Seguridad Social y los servicios sociales; el derecho a la reagrupación familiar; las garantías jurídicas tales como la tutela judicial efectiva, el derecho de recurso contra los actos administrativos y la asistencia jurídica gratuita. El hecho de que la actual LEx. reserve el ejercicio de algunos de estos derechos fundamentales a la previa legalidad del extranjero en nuestro país ha sido objeto, tras la negativa del Defensor del Pueblo a plantearlo, de una serie de recursos de inconstitucionalidad, presentados por algunas CCAA y por el Grupo Parlamentario del PSOE, contra la LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000, en concreto, contra los artículos 5, 6, 9 y 16 que regulan el derecho de reunión, manifestación, asociación, tutela judicial efectiva y sindicación (1). La inclusión en el título de la vigente Ley Orgánica del inciso «y su integración social», se concreta en la existencia de las llamadas medidas antidiscriminatorias, estableciendo un procedimiento sumario, y perfilando qué se entiende por actos discriminatorios, siendo aquellos que, directa o indirectamente, conlleven una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en el campo político, económico, social o cultural.

El objeto de este estudio es el análisis de la posición del extranjero ante el ordenamiento jurídico español, en concreto, frente al derecho al trabajo, la libertad de sindicación y el derecho a la huelga cuya reglamentación en la LEx. ha sido objeto de la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos a los que se ha hecho alusión anteriormente. Para ello se parte del estatus constitucional que en términos generales tiene el extranjero en el ordenamiento jurídico español en función de la relación entre el artículo 13, el artículo 10.2 y el artículo 14 de la CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión de la titularidad y el ejercicio de los derechos y, en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado, distinguiendo tres tipos de derechos. Pues bien, a partir de las fuentes que informan el estatuto constitucional de los extranjeros en España se efectúa un análisis del derecho al trabajo, la libertad de sindicación y el derecho a la huelga y sobre estos parámetros se determina si su positivación en la LEx. se corresponde o no con las exigencias constitucionales.

II. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS FRENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. EL ALCANCE HERMENÉUTICO DEL ARTÍCULO 10.2 Y EL ARTÍCULO 13.1 DE LA CE

Los textos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por nuestro país se integran en el sistema jurídico español por el artículo 96 de la CE. Por otro lado, los convenios internacionales de derechos humanos constituyen una de las claves para la interpretación de los derechos y libertades

públicas consagradas en la CE, según la directriz hermenéutica establecida en el artículo 10.2 (2). Para examinar el estatus constitucional de los extranjeros en España hay que partir de la remisión genérica que el artículo 13 de la CE efectúa a lo dispuesto en los tratados y la ley (3). Con ello, como ha señalado la doctrina del TC, no se ha querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros respecto de los derechos y libertades públicas, sino establecer que son todos ellos en cuanto a su contenido derechos de configuración legal (4). El artículo 13 de la CE define el estatuto jurídico-constitucional concreto que se atribuye a los extranjeros en España, establecido de forma inmediata y que será desarrollado, al igual que en el caso de los españoles, a través de la ley o de los tratados internacionales (5). Dicho con otras palabras, el artículo 13 de la CE debe ser interpretado en el sentido de que todo extranjero por el mero hecho de ser persona, tiene un estatuto definido y puede gozar de las libertades del Título primero de la CE, si bien su ejercicio se efectuará en los términos que establezcan las leyes y los tratados. Esto significa que de no existir el artículo 13 los extranjeros en cuanto personas se beneficiarían del estándar mínimo establecido en las declaraciones de derechos humanos según dispone el artículo 10.2 de la CE. La cuestión acerca de la determinación de cuáles son los derechos que deben ser interpretados de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE no es pacífica desde el momento en el que existe desacuerdo respecto del exacto significado constitucional del término derechos fundamentales (6). La CE utiliza indistintamente diversas denominaciones tales como derechos fundamentales, libertades públicas, derechos constitucionales, derechos de los ciudadanos, derechos, libertades. El desacuerdo se refleja en la doctrina, la mayoría considera como tales a los derechos comprendidos en los artículos 14 a 38 de la CE, y la minoritaria, a todos los derechos del Título I. De ambas posiciones doctrinales discrepa el TC que considera como derechos fundamentales aquellos que deben ser regulados por LO y tutelados por el recurso de amparo, y por tanto, los derechos de los artículos 14 a 29 de la CE, aunque tampoco existe unanimidad en el seno del TC (como se pone de relieve en el voto particular de Rubio Llorente a la STC 26/1987). La confusión semántica no genera sólo un debate teórico sino que tiene consecuencias prácticas, el artículo 10.2 CE establece la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con los tratados internacionales (7).

El siguiente paso estriba en determinar cuáles son esos derechos y libertades, el TC ha reconocido expresamente que dicho precepto se refiere a los derechos de los artículos 14 a 38 de la CE (STC 36/1991) si bien podría deducirse, a *sensu* contrario, que la interpretación conforme a los tratados podría extenderse también a todos los artículos del Título I (8). No obstante, a pesar de que el TC no lo ha negado expresamente lo cierto es que tampoco admite dicha ampliación, si bien los argumentos utilizados no parecen los más oportunos desde el momento en que en coherencia con la STC anteriormente citada los derechos fundamentales son los de los artículos 14 a 29 del texto constitucional.

2. LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En lo relativo a las normas que forman parte del parámetro interpretativo de los derechos fundamentales se hace referencia expresa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y «los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Los interrogantes que plantea este inciso pueden resumirse de la siguiente forma sobre la base de la interpretación amplia que ha otorgado el TC en numerosas sentencias (9): los tratados a los que alude son tanto los específicos de derechos humanos como aquellos que sin tener como objeto directo tales derechos hacen referencia de alguna forma a los derechos fundamentales y libertades. En segundo lugar, se trataría de determinar si es necesario que los textos en los que se recojan los derechos fundamentales y libertades tienen que tener la naturaleza de tratados o simplemente basta con que sean textos emanados de organizaciones internacio-

nales de las que forme parte España. De conformidad con la interpretación amplia a la que se ha aludido, el TC ha incorporado en sus razonamientos textos sin valor de tratados e incluso algunos todavía no ratificados por nuestro país o sobre los que existía algún tipo de reserva. Los textos internacionales de derechos humanos incluidos en el apartado 2 del artículo 10 de la CE, además de la remisión expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos, se integran por el PIDCP y el PIDESC, tratados suscritos en el marco de Naciones Unidas y el CEDH (10). En relación con la inserción del Derecho comunitario en cuanto protector de los derechos humanos hay que señalar que, en principio, de los tratados constitutivos se desprenden el derecho a la libre circulación y la no-discriminación si bien el elenco de derechos se ha ampliado considerablemente gracias a la jurisprudencia del TJCE (11). En este sentido, ha sido dicho tribunal el que ha ido configurando los derechos fundamentales propios del ordenamiento jurídico comunitario sirviéndose como fuente de inspiración tanto de los textos internacionales de derechos humanos como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (12). Como se ha puesto de relieve en virtud del alcance hermenéutico dado por el TC al artículo 10.2 de la CE lo cierto es que incluye no sólo el Derecho originario comunitario sino también al Derecho derivado y la jurisprudencia (13).

3. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Mención especial, aunque todavía no se encuentra en vigor, merece la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza (14). Dicho texto constituye el fundamento del acervo común europeo en materia de derechos fundamentales que, en función del principio de universalidad, son en su gran mayoría aplicables a cualquier persona independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia (15). Consta de un Preámbulo y 54 artículos en los que se hace referencia a los valores en los que se funda como la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, sobre la base de los principios de democracia y del Estado de Derecho. El Cap. I con cinco artículos integra una serie de derechos bajo la denominación de dignidad (dignidad, vida, integridad física, prohibición de tortura y de la esclavitud y trabajos forzados); el Cap. II se consagra a las libertades y se refieren al derecho a la libertad y seguridad, la protección de datos de carácter personal, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, la de expresión y de información, la de reunión y asociación a cuyo tenor toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. El artículo 15 recoge la libertad profesional y el derecho a trabajar, distinguiendo en dos apartados el derecho de toda persona a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada y el derecho de los ciudadanos de la Unión a buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. El apartado tercero del mismo precepto se dirige específicamente a los nacionales de terceros países «que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros», tienen derecho a las condiciones laborales de que disfrutaran los ciudadanos de la Unión. El Cap. II termina con la referencia a la libertad de empresa, el derecho a la propiedad, el de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición. El Cap. III se dedica a la igualdad, ante la ley, sin que quepa ningún tipo de discriminación, el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística, los derechos del menor, de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas. El Cap. IV se refiere a la solidaridad y se centra en los trabajadores sin distinción alguna acerca de su nacionalidad, y se integra por el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva incluida la huelga (de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales), el derecho de acceso a los servicios gratuitos de colocación, la protección en caso de despido

injustificado y la garantía de que el trabajo se ejerza en condiciones justas y equitativas. De igual forma y en el mismo Cap. III se prohíbe el trabajo infantil y se protege a los jóvenes, se garantiza la conciliación entre la vida familiar y profesional, el acceso a la Seguridad Social y ayuda social, la protección de la salud, el medio ambiente y los consumidores y el acceso a los servicios de interés económico general. El Cap. IV recoge los derechos de la ciudadanía y salvo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros (16) y la protección diplomática y consular. El resto de derechos que integran este capítulo son extensibles no sólo a los ciudadanos de la Unión sino también a las personas físicas y jurídicas residentes o domiciliadas en los Estados miembros. Tales derechos son: la garantía de una buena administración, el acceso a los documentos emanados de las Instituciones de la UE, el recurso al Defensor del Pueblo Europeo y el derecho de petición ante el Parlamento Europeo. El Cap. VI es aplicable sin distinción de nacionalidad y consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el respeto de los derechos de defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad y el de *non bis in idem*. El Cap. VII y último recoge las disposiciones generales relativas a la concreción del ámbito de aplicación, del alcance de los derechos garantizados en la Carta, el nivel de protección de los derechos humanos y la prohibición del abuso de derecho.

Finalmente, y en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, lo cierto es que dicha cuestión constituye el núcleo del debate desde la Decisión del Consejo Europeo reunido en Colonia de redactar una Carta en la que se decidió que en una primera fase la Carta debía ser proclamada solemnemente por las Instituciones de la UE y después habría que estudiar si se incorporaba a los Tratados y en caso afirmativo de qué modo (17). Superada la primera fase cuando entre en vigor el T. de Niza no se sabe cuál será la postura adoptada si un texto jurídicamente vinculante e inserto en los Tratados o una declaración política solemne (18). En cualquier caso, como ha sido puesto de relieve por la Comisión, la Carta producirá efectos en el plano jurídico sea cual fuere la naturaleza que se le atribuya, tanto por el foro que la ha redactado en el que se encuentran representados a petición del Consejo Europeo todas las fuentes de legitimidad nacionales y comunitarias, como por el TJCE a través de su interpretación como principios generales del Derecho comunitario (19).

Las cláusulas finales de la Carta precisan el objeto del texto que es el de servir de instrumento de control del respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones y órganos de los Estados miembros cuando actúan en el marco de la Unión. Derivado de lo anterior y en cuanto a las relaciones entre la Carta con otros textos lo cierto es que, en primer término, existe una autonomía respecto al Derecho de la Unión desde el momento en el que es posible aplicar dicho ordenamiento cuando conceda una protección más intensa que el Convenio europeo (art. 52.3). En segundo término, la relación entre el CEDH y la Carta por el riesgo que representa la posible disparidad entre los derechos y libertades reconocidos en ambos textos, así como las posibles disparidades entre la jurisprudencia del TJCE y el Tribunal de Estrasburgo. Ambos extremos se encuentran solucionados, puesto que el sentido y alcance de los derechos fundamentales consagrados son idénticos sin perjuicio de la autonomía del Derecho comunitario. Respecto a los vínculos entre la Carta y las competencias de la Unión y el respeto al principio de subsidiariedad también se encuentra previsto en el sentido de que no puede servir la Carta de vehículo para la transferencia de nuevas competencias a la Unión. La necesidad de los Estados de revisar su Constitución, en cuarto lugar, por las divergencias en cuanto a la definición de derechos no parece que sea problemática y además tendrían distintos ámbitos de aplicación. Para finalizar la Carta supondrá la mejora de la seguridad jurídica en materia de protección de los derechos fundamentales, tanto de guía al TJCE en la interpretación de dichos derechos como por el mantenimiento de los mismos recursos y el sistema jurisdiccional configurados por los Tratados constitutivos (20).

Sobre la base del artículo 10.2 de la CE, en los términos anteriormente expuestos, la existencia del

artículo 13 del mismo cuerpo legal implica un salto cualitativo desde el momento en el que la configuración del estatuto de los extranjeros en España tiene carácter positivo e inalienable. Como ha sido puesto de relieve, si no existiese este precepto el extranjero se encontraría situado frente al ordenamiento jurídico español sin más bagaje que el que le proporciona el artículo 10.2 de la CE. El artículo 13.1 supone que el extranjero es destinatario inmediato de las libertades del Título I de la CE aunque su ejercicio se transfiera a lo que establezcan los Tratados y la Ley (21). Según la misma interpretación doctrinal la contraposición entre goce y ejercicio de las libertades del artículo 13.1 parece distinguir entre el derecho pasivo, el espacio de libertad garantizado desde fuera, mientras que el ejercicio se manifestaría como una expresión activa, como un derecho defendible directamente por sus beneficiarios (22). El término libertades parece hacer referencia al espacio de libertad garantizado desde fuera sin que quepa aludir a los derechos. Ahora bien, la determinación del alcance hermenéutico del artículo 13 debe ser realizada de forma completa aproximándose al precepto de modo sistemático y en su contexto, ya que la interpretación aislada e inconexa conduciría a afirmaciones equivocadas. Esto significa que el verdadero alcance y sentido del apartado primero del artículo 13 de la CE tiene que ser efectuado desde la perspectiva que proporciona su inserción en el Título I de la norma fundamental (23). En otros términos, la interpretación aislada del artículo 13 conduce sobre la base de la distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas en cuanto a su exigibilidad a afirmar que los extranjeros sólo gozan en España de las libertades del Título I sin que tengan acceso a los mecanismos que se prevén para el ejercicio directo de los derechos fundamentales (24). La actuación coordinada del artículo 13 de la CE con el artículo 14 que proclama la igualdad atribuye a los extranjeros en España un estatuto directo y positivo que implica un núcleo de derechos y libertades que no puede ser modificado ni matizado con base en ninguna otra consideración (25).

Por ello, y en conclusión de lo anteriormente expuesto, el extranjero no es un sujeto que se sitúa frente al ordenamiento jurídico español sólo con el estándar mínimo que le proporciona el artículo 10.2 de la CE, ni tampoco con la posición jurídica que se concreta con arreglo a lo dispuesto en las normas jurídicas de distinto rango que se dictan coyunturalmente (26). La posición jurídica del extranjero responde a su consideración como destinatario directo de los derechos fundamentales que aparecen recogidos en la CE. La consideración de extranjero en este momento carece de relevancia puesto que la CE establece un punto de partida común para nacionales y extranjeros. Cuando se procede a desarrollar a través de normas la libertad o el derecho fundamental es cuando interviene el carácter heterogéneo al sistema que representa la extranjería del sujeto. En este sentido, entre la plenitud o la asimilación total al régimen del ciudadano y el límite mínimo impuesto por el núcleo esencial de un concreto derecho o libertad, deben existir diferencias de tratamiento jurídico que vienen impuestas por el concepto de igualdad que traduce el artículo 14 de la CE en el sentido de que no puede darse el mismo tratamiento a lo que objetivamente no es igual (27).

4. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC considera que el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado (28). Recientemente la STC de 10 de abril de 2000 señala en el FJ 3.º: «No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no-discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el artículo 13.1 de la CE [...] Desde nuestra ST 107/1984 hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativas a ella, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así como declaramos en dicha sentencia y hemos reiterado en

las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 de la CE); por el contrario, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 de la CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene), y, finalmente, existe un tercer grupo de derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias con los españoles».

Existen tres tipos de derechos: en primer lugar, los que corresponden por igual a españoles y extranjeros cuya regulación ha de ser igual para ambos (29). En segundo lugar, existen derechos que no corresponden en absoluto a los extranjeros (art. 23 CE con la salvedad del art. 13.2), y por último, existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio (30). El primer grupo se encontraría integrado por los derechos comunes en los que no existe distinción entre nacionales y extranjeros. Dicho grupo no se encuentra específicamente formulado en la CE, sino que resulta de una interpretación sistemática de la misma sin que sea posible su desconstitucionalización ni la configuración legislativa del mismo. En los derechos comunes los extranjeros son titulares de igual forma que los nacionales españoles según se deduce del artículo 10 de la CE (31). El segundo grupo es el de derechos condicionados a su configuración legal en los que hay una remisión a lo que dispongan los tratados y la ley. La ley es la LEx. donde se precisa el régimen particular de estos derechos en lo relativo a los extranjeros. En suma, se permiten diferentes regulaciones de los derechos en función de la nacionalidad española o extranjera sin que implique, en ningún caso, la vulneración del contenido esencial del derecho (32). Los derechos vinculados a la nacionalidad española constituyen el último grupo en el que cabe distinguir entre el derecho político por excelencia el derecho de sufragio activo y pasivo y el resto de derechos que son propios de los españoles (33).

5. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA LEX

Por último, en relación con el régimen constitucional establecido en la LEx y de forma muy sumaria se puede señalar lo siguiente (34): se enumeran quince derechos y libertades de los extranjeros en España de los cuales cuatro carecen de rango de Ley Orgánica, según dispone la disposición final cuarta, con lo cual el legislador no ha considerado a tenor de lo establecido en el artículo 81 de la CE que su establecimiento y desarrollo sea el de un derecho fundamental o el de una libertad pública. Tales derechos son los relativos al derecho al trabajo y a la Seguridad Social del artículo 10, el derecho a la asistencia sanitaria del artículo 12, el derecho a ayudas en materia de vivienda en el artículo 13 y, en el artículo 14, el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales. El «derecho» y la obligación a la documentación del artículo 4 de la LEx. reitera lo establecido en artículo 11 de la LO 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, en la que se dispone que «los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes». Tal coincidencia entre lo establecido en ambos apartados no puede resultar más que reiterativo e innecesario sobre todo si se tiene en cuenta que en el capítulo de las infracciones y sanciones de la LEx. no se encuentra tipificada la ausencia de documentación acreditativa (35). Otro tanto puede señalarse respecto del artículo 15 en el que se reconoce el «derecho» a la sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles, que ya se encuentra previsto en la Ley General Tributaria y que el artículo 31 de la CE se encarga de utilizar la expresión «todos» para aludir al necesario

sostenimiento de los gastos públicos. Los artículos 6, participación pública, el artículo 7, libertades de reunión y manifestación, la libertad de asociación del artículo 8, el derecho a la educación del artículo 9 y el derecho de sindicación y huelga reproducen el mismo contenido y tienen el mismo ámbito de aplicación personal que los establecidos en la anterior ordenación de extranjería. El artículo 16 sobre el derecho a la reagrupación familiar se apoya en el artículo 18 de la CE que versa sobre la intimidad familiar, cuando la reagrupación, en todo caso, tendría su base en el artículo 39 de la CE que es el precepto consagrado a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y el artículo 32 en el que se recoge el derecho al matrimonio (36).

III. EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. CONTENIDO DEL DERECHO AL TRABAJO: EL ACCESO AL MERCADO LABORAL Y LAS CONDICIONES EN LAS QUE DEBE PRESTARSE LA ACTIVIDAD LABORAL

Sobre estas premisas se articula el derecho al trabajo de los extranjeros en España, así como las libertades políticas conexas como son el derecho a la sindicación y el derecho a la huelga. En páginas precedentes se ha efectuado un recorrido por las fuentes que informan el estatuto constitucional de los extranjeros en España. Así, en primer término la CE recoge el derecho-deber del trabajo en el artículo 35 a cuyo tenor se establece que «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». Como ha sido puesto de relieve, el derecho al trabajo se configura en la CE como un principio programático al igual que se hace en otras Constituciones de nuestro entorno (Noruega, art. 110; Luxemburgo, art. 11.4; Italia, art. 35; Portugal, arts. 51 y 53; Dinamarca, art. 74; Ley Fundamental de Bonn, art. 12; y el Preámbulo de la Constitución francesa³⁷). En consecuencia, no se trata de un derecho directamente exigible por los ciudadanos en el sentido en que lo son los derechos fundamentales, si bien al igual que los demás derechos y libertades ubicados en el Título I vincula a los poderes públicos (38). La regulación del derecho al trabajo sólo podrá efectuarse por ley (39) que deberá respetar el contenido esencial del derecho (art. 53.1), pudiendo ser objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC según el artículo 161.1.a⁴⁰).

Dos son las vertientes que se pueden deducir en una primera aproximación a la formulación constitucional del derecho al trabajo, por un lado, los aspectos relativos al acceso al mercado laboral, y por otro, las condiciones en las que debe prestarse la actividad laboral (41). Como ha sido puesto de relieve la configuración constitucional de este derecho a partir del reconocimiento que efectúa el artículo 35.1 de la CE ha quedado prácticamente delimitada con las argumentaciones vertidas por el TC en su ya citada ST 107/1984 (42). En ella se sostiene que no resulta exigible constitucionalmente la igualdad de trato de los extranjeros con los españoles en lo que se refiere al derecho al trabajo (43). En consecuencia, la posición jurídica de los extranjeros frente al mercado laboral español se caracteriza por la diferencia de trato en relación con los nacionales. Se constituye como una «excepción constitucional» al principio de igualdad que pudiera derivarse de lo dispuesto combinadamente en los artículos 13, 14 y 35.1 de la CE (44). Todo ello encaja con el esquema constitucional que se ha efectuado en páginas precedentes, dicho artículo ha de ponerse en relación con el artículo 13 que regula de forma general el estatus constitucional de los extranjeros en España. Además, la correcta comprensión y alcance de este precepto debe efectuarse con arreglo, si procede, al mandato interpretativo del artículo 10.2 de la CE y al artículo 14 en el que se proclama la igualdad (45). Ahora bien, de conformidad con el respeto a su contenido esencial habrá que analizar si la

inclusión de la distinción de ejercicio de los derechos en función de la situación jurídica regular o irregular en la que se encuentre el extranjero en cuestión vulnera o no el principio de igualdad en los derechos de configuración legal. Un segundo paso sería el valorar si el contenido específico de la regulación para los extranjeros vulnera o no cada uno de los derechos: sindicación, huelga y trabajo. En consecuencia, la cuestión estriba en dilucidar hasta dónde llega la libertad del legislador a la hora de concretar el alcance de tales derechos y si las condiciones impuestas afectan al contenido esencial del mismo.

La ubicación sistemática del derecho al trabajo en la CE induce a considerar que no se trata de un derecho fundamental en sentido estricto, por lo que la interpretación con arreglo a lo establecido en los textos internacionales de derechos humanos ratificados por España parece no condicionar su alcance hermenéutico (46). No obstante, el artículo 96 incorpora el contenido de dichos tratados al ordenamiento jurídico español por lo que la referencia a lo que establecen los convenios internacionales sobre esta materia es ineludible (47). Además el artículo 13 remite los términos del ejercicio de las libertades a lo que se establezca en los tratados internacionales (48). En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos recoge el derecho al trabajo y a unas condiciones equitativas y satisfactorias, en el artículo 23.1; el PIDCP no señala nada al respecto; el PIDESC lo recoge en el artículo 6 a cuyo tenor se reconoce el derecho a trabajar de toda persona entendiendo que consiste en «tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado». El mismo artículo señala en el apartado segundo algunas de las medidas para lograr la efectividad del derecho al trabajo como la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas y normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural adecuado. La Carta Social Europea, en la Parte I y en la segunda (arts. 1-2), positiva como objetivos el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo y a unas condiciones laborales equitativas. Por su parte España ha ratificado una serie de Convenios como el europeo de 1977 sobre el estatuto jurídico del trabajador migrante (49), en el marco de la OIT, como el n.º 97 en el que se reafirma el principio de igualdad a los inmigrantes que se encuentren de forma legal en el territorio de un Estado en lo concerniente a las condiciones de trabajo (50).

Además, no hay que olvidar que en virtud de nuestra pertenencia a la UE, y dejando de lado las previsiones especiales y privilegiadas establecidas para los nacionales de los Estados miembros y del Espacio Económico Europeo (51), lo cierto es que existen directrices generales en la materia, aunque todavía, como se ha puesto de relieve anteriormente, no se encuentran en vigor, con la excepción de una directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (52). La primera de ellas es la propuesta de directiva relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. Así el artículo 12 recoge la igualdad de trato con los nacionales para los extranjeros que han obtenido el estatuto de extranjero residente en lo relativo «a la obtención de un puesto de trabajo asalariado y realización de una actividad por cuenta propia, siempre y cuando tales actividades no estén relacionadas, ni siquiera con carácter ocasional, con el ejercicio de la potestad pública, y condiciones de empleo y trabajo incluidos el despido y la remuneración». La Carta de Derechos Fundamentales de la UE recoge en el artículo 15 la libertad profesional y el derecho a trabajar en los siguientes términos: el apartado primero consagra el derecho de toda persona a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. Cuando en el apartado segundo consagra la libertad de buscar empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro, o dicho de otra forma, desarrolla una de las vertientes del contenido del derecho al trabajo, lo circunscribe expresamente a los ciudadanos de la UE. El apartado tercero desarrolla la otra vertiente del derecho al trabajo y, en esta ocasión, lo dirige a los nacionales de terceros Estados «que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros» estableciendo que tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a las que poseen los ciudadanos de la UE. Si los nacionales de los Estados miembros se encuentran en el territorio de otro Estado de la UE en condiciones de igualdad con los nacionales de ese Estado y rige el principio de no-dis-

criminación por razón de la nacionalidad, no es arriesgado afirmar que en cuanto a las condiciones de trabajo los extranjeros gozan de igualdad (siempre que estén autorizados para trabajar) con los nacionales en la UE. De igual forma y en lo que se refiere al acceso al empleo se puede deducir que dicha igualdad con los nacionales sólo es predicable respecto de los ciudadanos de la UE.

En cuanto a la exigencia legal de autorización administrativa para que los trabajadores extranjeros puedan prestar su actividad laboral en España, no vulnera el principio de igualdad. La relación entre el artículo 35, el artículo 13 y el artículo 14 de la CE es la cuestión que se plantea ante el máximo intérprete de las normas constitucionales y es resuelta de forma negativa. De nuevo se retoman las dos vertientes con las que se ha caracterizado el derecho al trabajo de los extranjeros en España. La mencionada desigualdad entre españoles y extranjeros a la que hace referencia el TC en lo relativo al derecho al trabajo se refiere sólo al momento previo de la contratación laboral, es decir, al acceso al empleo. Los extranjeros a diferencia de los nacionales deberán obtener la preceptiva autorización administrativa para trabajar sin que ello suponga vulnerar el principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad. Así planteada la desigualdad lo cierto es que como señala el TC no existe ni «Tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo» y la CE al regular el derecho al trabajo sólo lo reconoce para los españoles. Por ello, «la existencia de una legislación que, según la interpretación de los tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación con los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir igualdad de trato» (53).

Cuestión distinta es la relativa a la igualdad en lo que se refiere a las condiciones laborales en cuyo caso no debe existir distinción alguna entre españoles y extranjeros. En la misma S el TC proclama que sí existe la igualdad «para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación». Se trata de la otra vertiente del derecho al trabajo en el que como se ha señalado anteriormente los convenios internacionales sí declaran y postulan la igualdad a diferencia de la ambigüedad que muestran en lo atinente al acceso al empleo. Sobre esta cuestión, entre otras, tuvo ocasión de pronunciarse recientemente el Defensor del Pueblo considerando que la inexistencia de un estatuto jurídico de inmigrante ilegal en el que se recogiera la igualdad con respecto a los nacionales en las Declaraciones Internacionales de Derechos respondía a la preocupación de eliminar tales situaciones sin que en ningún caso se pueda deducir que sean asimilables a los inmigrantes legales (54). Esta es la postura mantenida por el TC que deja a salvo la equiparación en lo relativo a la titularidad y ejercicio de los derechos laborales. Si con respecto al acceso no existe ninguna obligación internacional, una vez iniciada la relación de trabajo la cuestión cambia y la condición jurídica de los extranjeros ha de plantearse en términos de igualdad con los trabajadores españoles por aplicación de la legislación nacional en cuanto a las condiciones de trabajo (55). En este momento son plenamente aplicables las previsiones de los artículos 35 y 13 de la CE con lo que el trabajador extranjero desigual al español en lo relativo al acceso al mercado laboral deviene igual al convertirse en titular del derecho al trabajo. Como se ha señalado, las condiciones en las que han de desarrollarse sus actividades laborales en nuestro país son las establecidas en el artículo 35 de la CE en los términos que establezcan los tratados y las leyes (56).

2. EL DERECHO AL TRABAJO EN LA LEX

La LEx. recoge de forma expresa el derecho al trabajo en el artículo 10 en el que dispone que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta LO y en las disposiciones que la desarrollen tendrán

derecho a ejercer una profesión remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso a la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente» (57). Dicho artículo, que no tiene carácter orgánico según establece la Disposición final 4.^a de la LEx., hay que ponerlo en relación con el artículo 3 donde se dispone que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles (58). También el artículo 23 de la LEx. prohíbe de forma general en el apartado 1.º cualquier tipo de discriminación basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico. Cuando de forma expresa recoge la no-discriminación en materia de acceso al empleo, en el apartado segundo, letra c), se refiere a todos los actos «que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo [...] al extranjero que se encuentre regularmente en España». La letra d) alude al trabajo por cuenta propia en similares términos y la letra e) a las discriminaciones indirectas a través de actos que perjudiquen a los trabajadores extranjeros cuando se refieran a la imposición de requisitos no esenciales para el desarrollo de la actividad laboral.

3. CONCLUSIONES

La reglamentación del derecho al trabajo así como otros artículos relacionados con este derecho en la nueva ley de extranjería puede ser resumida de la siguiente forma partiendo de la doble vertiente con la que se ha caracterizado su contenido. En primer lugar, al igual que el artículo 35 no se trata de un derecho fundamental en sentido estricto por lo que las previsiones contenidas en el artículo 10.2 de la CE no condicionan su interpretación, ni tampoco las del artículo 3.2 de la LEx. Como ha manifestado el TC, se trata de un derecho de configuración legal, siendo admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. El artículo 3 de la LEx., en segundo lugar, prevé que los extranjeros gocen del derecho al trabajo en los términos establecidos en los textos internacionales y en esta ley. El derecho al trabajo de los extranjeros en España está condicionado por los tratados internacionales que sobre esta materia han sido incorporados al ordenamiento jurídico español por el artículo 96 CE, sin que se pueda deducir de dichos textos ninguna obligación para el legislador español a la hora de reglamentar dicho derecho en condiciones de igualdad con los españoles (59). El criterio interpretativo general de igualdad contenido en el artículo 3 de la LEx. y recogido en el artículo 14 de la CE para los españoles no opera en esta fase previa de la contratación laboral y por propia previsión constitucional se estará a lo que dispongan los tratados y la ley. En tercer lugar, el inciso del artículo 10 de la LEx. «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen» se refiere a aquellos extranjeros que han obtenido la correspondiente autorización administrativa para trabajar en nuestro país por referencia a lo establecido en los artículos 36 y siguientes. En dichos preceptos se establecen los requisitos para obtener la autorización administrativa cuya premisa previa la constituye la estancia legal del extranjero en territorio español (60). Por ello, para ser considerado trabajador extranjero y poder beneficiarse del derecho al trabajo se tendrán que cumplimentar las condiciones establecidas en la legislación de extranjería, las cuales serán objeto de estudio en el apartado siguiente. Dicha legislación de extranjería es la contenida en la LEx. si bien la conjunción «y» es perturbadora desde el momento en el que podría inducir a pensar que las disposiciones que desarrollen la Ley puedan introducir nuevos requisitos no previstos legalmente. En cuarto lugar, el contenido del derecho al trabajo se refiere a la realización de actividades laborales remuneradas, bien sean por cuenta ajena, o por cuenta propia. Como se ha puesto de relieve, es más adecuado el término remuneradas cuando se trata de reconocer el derecho al trabajo que el de la Ley 4/2000 que se refería a acti-

vidades lucrativas, puesto que éste puede referirse también a otras actividades económicas que conllevan lucro pero no implican actividad personal (61).

En quinto lugar sorprende que la redacción dada al derecho al trabajo por la LEx. no recoja las dos vertientes que integran su contenido: el acceso al mercado laboral y las condiciones de trabajo. Si el artículo 35 de la CE se integra por ambos extremos, los textos internacionales y según la jurisprudencia del TC la desigualdad sólo es posible en el primer tramo, es decir, en el momento previo de la contratación, sorprende la ausencia de referencia en el precepto consagrado al derecho al trabajo (62). La no-discriminación en el acceso —supeditada a la estancia legal en territorio español por el extranjero— viene determinada en el artículo 23 de la LEx. si bien ha de ponerse en relación con el principio de preferencia del mercado nacional de trabajo. Se prohíben los actos discriminatorios ilegítimos tanto en el acceso al trabajo como con carácter general los que impliquen condiciones más gravosas que a los españoles, y también se penalizan las discriminaciones indirectas «siempre que se refieran a requisitos no esenciales para el desarrollo de la actividad laboral». Pues bien, el artículo 38.1 impone una discriminación legítima para obtener el permiso de trabajo por cuenta ajena que es la relativa a la toma en consideración de la situación nacional de empleo. La igualdad sobrevenida entre los trabajadores extranjeros y los españoles una vez iniciada una relación laboral tampoco aparece en el artículo 10 de la LEx. sino que se encuentra de forma difusa en el artículo 32 cuando establece que la residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. De la literalidad del precepto podrían deducirse conclusiones sorprendentes y paradójicas si bien su interpretación ha de realizarse en su contexto y extraer que de acuerdo con la LEx. en su conjunto, lo que quiere poner de relieve el artículo 32 es que los extranjeros que han accedido a la condición de residentes permanentes (tras cinco años de residencia temporal) no tienen necesidad de obtener el preceptivo permiso de trabajo para realizar una actividad laboral en España, según el artículo 41.3 de la misma Ley. Las conclusiones anteriores ponen claramente de manifiesto que si bien se recoge por vez primera el reconocimiento del derecho al trabajo de los extranjeros en España su articulación es tan defectuosa que su positivación resulta superflua, puesto que no clarifica quienes son los destinatarios —sólo señala que son los que cumplan con la LEx— ni tampoco su contenido (63).

IV. LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA EN LA LEX

Al igual que al derecho al trabajo, la LEx. se refiere a la libertad sindical y al derecho de huelga de los extranjeros en territorio español y el esquema que se ha seguido en las páginas precedentes es plenamente aplicable al desarrollo de ambas libertades (64). La recepción de dichas libertades en la LEx. se efectúa en el artículo 11 a cuyo tenor: «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 tengan autorización de estancia o residencia en España», el apartado segundo señala que: «De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga» (65). Una primera aproximación al precepto pone de relieve que en los dos casos el ejercicio de la libertad de sindicación y la huelga por parte de los extranjeros se encuentra supeditado a la estancia legal en territorio español y para el caso de la huelga, además, es preceptiva una autorización para trabajar (66). Por otro lado, y a diferencia de lo que sucede con el derecho al trabajo, el artículo 11 tiene carácter orgánico por lo que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 81 de la CE su desarrollo debe efectuarse mediante Ley Orgánica siendo posible en este caso acudir al artículo 53.2 y recurrir en amparo ante el TC.

Las consideraciones vertidas acerca de la relación que ha de establecerse entre los artículos que la CE consagra a estos derechos, el artículo 13 y el artículo 14, son de nuevo puestas de manifiesto. Por lo que respecta al artículo 10.2 y dado el carácter de derecho fundamental derivado de su ubicación sistemática en la CE procede la interpretación conforme a los textos internacionales de derechos humanos que por lo demás se encuentran insertos en el ordenamiento jurídico español ex artículo 96.

Los Tratados internacionales de derechos humanos que recogen la libertad de sindicación y de huelga son los siguientes: artículo 23.4 de la DUDH: «Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses», el PIDCP: artículo 22.1 «toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses», pudiendo ser restringido por ley siempre que las limitaciones sean necesarias para una sociedad democrática. El PIDESC se pronuncia en parecidos términos: el artículo 8 establece que los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar: «a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos», el apartado d) «El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país». El artículo 11 del CEDH sigue la misma línea (67), al igual que la CSE: artículos 5 y 6 que se refieren al derecho sindical y a la huelga respectivamente como derechos laborales y que han de ser interpretados conforme al artículo 31 del Anexo de la Carta que permite su restricción en similares términos que los anteriores textos internacionales (68). Son igualmente aplicables los Convenios de la OIT, en concreto el n.º 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, cuyo artículo 2 señala que «los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas». Conectado dicho artículo con el artículo 8 del mismo cuerpo legal «al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad». Otro Convenio de la OIT referido a esta materia es el n.º 98 de aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (69).

Varias son las conclusiones que pueden extraerse de los derechos de sindicación y huelga recogidos en los Tratados internacionales transcritos: en primer lugar el desigual tratamiento que se otorga a la libertad de sindicación frente a la huelga en cuyo caso se otorga una mayor capacidad al legislador nacional a la hora de reglamentar su ejercicio dada la extrema concisión con la que se encuentra redactada «e incluso» y la remisión efectuada a la legislación de cada país. El contenido de la libertad de sindicación se recoge en todos los textos en su doble vertiente tanto el derecho a fundar sindicatos como a afiliarse a los ya constituidos. Los sujetos de la libre sindicación son todas las personas sin que exista limitación a los trabajadores, el derecho a la huelga sí aparece limitado a los trabajadores. Por último, según se deduce de los textos internacionales que regulan ambas materias nada impide al legislador nacional la inclusión de determinados requisitos —como pueda ser la estancia legal en el territorio en el que se pretenden hacer valer las libertades o la consideración de trabajador— para salvaguardar los intereses del Estado miembro en cuestión.

La CE recoge en el artículo 28.1 la libertad sindical en los siguientes términos: «Todos tienen derecho a sindicarse libremente», el apartado segundo del mismo precepto consagra «el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» (70). Las normas internas que desarrollan estas libertades son, en primer lugar, la LO de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto, cuyo artículo 2 delimita el contenido de la libertad sindical señalando que se integra por el derecho a fundar sindicatos, afiliarse, elegir sus

representantes y ejercer la actividad sindical (71). En cuanto a los sujetos que pueden beneficiarse de esta libertad que la CE reconoce a «todos», son los trabajadores, entendiendo por tales los sujetos de una relación laboral o administrativa según el artículo 1 y también a tenor del artículo 3 «los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral», si bien éstos últimos no podrán fundar sindicatos sin perjuicio de que puedan constituir asociaciones de conformidad con la legislación específica. De lo anterior se deduce la extensión de la libertad de sindicación no sólo a los trabajadores por cuenta ajena sino a otros colectivos, y por otro lado, la restricción que en cuanto a la fundación de sindicatos existe para los trabajadores por cuenta propia, parados y los que hayan cesado en su actividad laboral (72). En cuanto al derecho de huelga, y en consonancia con el RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo no se establece merma alguna por razón de la nacionalidad (73). La jurisprudencia del TC a partir de la S. de 1984 a la que se ha hecho referencia de forma reiterada incluye ambas libertades entre los derechos no imprescindibles para la dignidad humana, y en consecuencia, el legislador se encuentra habilitado para establecer normativamente una diferencia de trato en su ejercicio entre españoles y extranjeros, habilitación que se delimitará de conformidad con las previsiones constitucionales de los artículos 13.1 y 10.2 de la CE de acuerdo con los textos internacionales de Derechos humanos que, como se ha señalado, establecen la cobertura para establecer esa diferencia de trato en cuanto a su ejercicio (74).

2. CONCLUSIONES

En conclusión de todo lo expuesto acerca de las libertades de sindicación y de huelga para los extranjeros se pueden señalar varios aspectos. En primer lugar, en cuanto a los sujetos, la libertad sindical como variante del derecho de asociación en función de los intereses que protege, los laborales, se refiere a los trabajadores en sentido amplio, no sólo por cuenta ajena, cuando cuenten con una autorización de estancia. El derecho a la huelga no se entiende sino de alguien que se encuentra trabajando y para estar trabajando a efectos de la LEx. es preceptivo contar con una autorización previa (75). Si bien, como se ha puesto de relieve, todo extranjero que tenga suscrito un contrato de trabajo de conformidad con el ET está autorizado para trabajar en España y goza de los derechos y libertades fundamentales que nuestro sistema consagra al trabajador mientras subsista la relación laboral, y entre otros se encuentra el derecho de huelga (76). En esta línea, si bien no se hace mención a la extranjería del sujeto sino a su consideración de trabajador, destaca un reciente estudio sobre los derechos y deberes laborales, en concreto sobre el artículo 4 del ET en el que se consagran los derechos básicos junto con los derechos que se tienen en la relación de trabajo (77). Una de las críticas que se hace a la sistemática de este artículo se basa precisamente en la distinción entre ambos tipos de derechos que parece que se refieren, los primeros, al momento previo de la relación laboral, y los segundos, parece que surgen de la misma. No obstante, dicha sistemática no es del todo exacta en lo que respecta a la ubicación de alguno de ellos. En relación con la libertad sindical como derecho individual del trabajador se ejerce —al constituir un sindicato o al afiliarse al mismo— no sólo respecto de y en la relación de trabajo, aunque sea su ejercicio principal, sino también en momentos previos y anteriores al contrato de trabajo (al que podríamos añadir y posteriores). En este sentido las autoridades públicas no pueden exigir ningún tipo de autorización previa al depósito de los estatutos del sindicato que se constituye. Ni tampoco se puede denegar la afiliación a un sindicato por parte de un trabajador con independencia de la relación laboral porque se incurriría en discriminación constituyendo de esta forma los sindicatos una especie de asociación abierta. La misma argumentación cabe respecto del derecho al trabajo pues su contenido esencial se produce en la relación de trabajo, si bien no deja de tener proyecciones anteriores y posteriores a la misma (por ejemplo, la formación profesional o las medidas de

fomento a la contratación). La huelga que se encuentra situada entre los derechos básicos sí parece no encajar como derecho del trabajador fuera de la relación laboral, puesto que constituye esencialmente una suspensión del contrato de trabajo.

En tercer lugar, se llega a una conclusión que no difiere de la alcanzada con respecto al derecho al trabajo, no existe normativa internacional que impida al legislador nacional imponer como límite al ejercicio de ambas libertades el requisito de residencia legal, y en el caso de la huelga, el de trabajador en la interpretación sostenida anteriormente. En suma, la crítica que se puede realizar a este precepto se refiere en el caso de la libertad sindical a la ausencia de mención de la posibilidad de fundar sindicatos por parte de los extranjeros, lo cual es indiscutible desde el momento en el que tanto la configuración constitucional como la que emana de los tratados internacionales comprende ambas vertientes de la libertad sindical (78). Cosa distinta es la relativa a si los trabajadores extranjeros pueden fundar sindicatos formados exclusivamente por extranjeros para la defensa de sus intereses. La regulación de esta posibilidad en la LEx. queda descartada, puesto que, si no se prohíbe a los extranjeros el derecho a fundar sindicatos ni a afiliarse a los ya constituidos por españoles, el ejercicio de la libertad sindical «en iguales condiciones que los trabajadores españoles» no podría nunca establecer discriminaciones con respecto a los trabajadores nacionales en orden a afiliarse a un sindicato de trabajadores extranjeros (79).

NOTAS

(1) Dichos Recursos son: RECURSO de inconstitucionalidad número 1.707/2001, promovido por el Parlamento de Navarra, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.679/2001, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.677/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.671/2001, promovido por la Diputación General de Aragón, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.670/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.669/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.668/2001, promovido el Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 01/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.644/2001, promovido por el Parlamento Vasco, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 1/06/2001; RECURSO de inconstitucionalidad número 1.640/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 01/06/2001.

(2) *Vid.*, sobre la interpretación de este artículo A. SAÍZ ARNAÍZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la CE*, Madrid, 1999; F. DE CARRERAS, «Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución», *REDC*, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre de 2000, págs. 321-341. La génesis constituyente del artículo 10.2 no se encuentra en el anteproyecto constitucional sino en dos enmiendas al mismo formuladas con finalidad distinta. Por un lado, existe una enmienda tendente a la sustitución del título que reconoce los derechos fundamentales por una remisión expresa a determinados textos internacionales de protección de los derechos humanos. La otra enmienda proponía a los pactos internacionales de derechos humanos como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales que la Constitución reconocía. *Vid.*, sobre el alcance de este artículo, E. SAGARRA Y TRIÁS, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, 1991, págs. 83-87. Sobre la armonización del Derecho internacional y el Derecho interno en materia de Derechos fundamentales y el artículo 10.2 de la CE, E. J. FONTAN SILVA, «Los Derechos fundamentales de naturaleza procesal en el orden civil. El panorama interno e internacional de su contenido (I)», *La Ley*, n.º 5197, 4 de diciembre de 2000, págs. 2-3.

(3) Sobre el estatuto, o mejor dicho los distintos estatutos, del extranjero en España, *vid.*, F. ALONSO PÉREZ, *Régimen jurídico del extranjero en España*, Madrid, 1995, págs. 41-56; I. BORRAJO INIESTA, «El status constitucional de los extranjeros», *Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Vol. II, Madrid, 1991, págs. 697-766; *id.*, «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en P. BIGLINO CAMPOS (Coord.), *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Madrid, 1997, págs. 55-97; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los estatutos de los extranjeros en España», en C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Ed.), *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid, 1998, págs. 13-27; J. M.ª ESPINAR VICENTE, «Algunas consideraciones en torno a la nueva ley de extranjería», *RGLJ*, n.º 3, mayo-junio, 2000, págs. 279-302, esp. 280-285; *id.*, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, Madrid, 2001, págs. 5-44; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «El derecho de sufragio de los extranjeros en España», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.ª época, núm. 1, 1998, págs. 135-171; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Extranjería: principios de derecho internacional general», *Economía y Sociología en el trabajo*, 11, 1991, págs. 39-51; *id.*, «Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales», *Extranjería e inmigración en España, loc. cit.*, págs. 31-50; *id.*, «La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contenciosa-administrativa», *REDI*, vol. L, 1998-1, págs. 33-57; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Lecciones de DIPr. Derecho de nacionalidad, op. cit.*, págs. 123-126; A. LARA AGUADO, «El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996 de 10 de enero», *REDI*, 1996-2, págs. 99-133; J. DE LUCAS, «Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?», *Jueces para la democracia*, enero 1993, págs. 35-43; A. MANGAS MARTÍN, «La Declaración del TC sobre el artículo 13.2 de la CE (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria e insuficiente», *REDI*, 1992-2, págs. 381-394; A. MARÍN LÓPEZ, «Los derechos políticos de los extranjeros en España», *REDI*, 1991-II, págs. 351-373; M. MOYA ESCUDERO, «La expulsión de extranjeros: la dudosa garantía de los derechos fundamentales», *La Ley*, n.º 1370, 1986-1, págs. 1025 y ss; *id.*, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, 1999; *id.*, «El Derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *La Ley*, 1 de febrero de 2000; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El régimen de extranjería según la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integra-

ción social», *La Ley*, n.º 5080, 21 junio de 2000, págs. 1-8; A. ORTÍZ ARCE DE LA FUENTE, «La extranjería no comunitaria en el marco de la CEE: hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, págs. 135-157; J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, 1997; E. SAGARRA Y TRÍAS, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, 1991; *id.*, «Derechos públicos y participación en elecciones», A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Dir.), *Diez años de la Ley de extranjería: balances y perspectivas*, Barcelona, 1995, págs. 38-44; R. VIÑAS FARRÉ, «Los regímenes especiales de extranjería en la LO 7/1985 de 5 de julio», *Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, 1998-3, págs. 296-310. En concreto, los derechos de los trabajadores extranjeros han sido objeto de tratamiento monográfico en *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º IX, Madrid, 2002.

(4) *Vid.*, FJ 3.º y 4.º; STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, *BOE*, núm. 305 de 21 de diciembre de 1984. Como se ha señalado prácticamente todos los derechos fundamentales —salvo por ejemplo el derecho a la inviolabilidad del domicilio que se traducen en la mera pasividad del poder público— precisan en mayor o menor medida de la intervención legislativa a los efectos de regular su ejercicio. No obstante, la expresión «derechos de configuración legal» suele reservarse a aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que éste arbitre su ejercicio sino para que conforme además su contenido. Todos los derechos recogidos en el Título I son de configuración legal si su titularidad se predica no de los españoles sino de los extranjeros, *vid.*, J. L. REQUEJO PAGÉS, «Derechos de configuración legal», *EJB*, págs. 2385-2387.

(5) *Vid.* la tramitación parlamentaria de este artículo de la CE en E. PÉREZ VERA y P. ABARCA JUNCO, «Artículo 13.1», en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, págs. 185-209, esp. págs. 187-192.

(6) *Vid.*, P. CRUZ VILLALÓN, «Derechos fundamentales», *EJB*, págs. 2398-2401.

(7) Como ha sido puesto de relieve, a través de este original precepto la CE ha configurado lo que se ha denominado como mandato interpretativo, único en su género que obliga al intérprete a incorporar las declaraciones internacionales de derecho como criterio hermenéutico obligatorio, *cf.*, P. CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», *REDC*, núm. 35, 1992, págs. 63-83, esp. pág. 65.

(8) Tal y como sostiene A. SAÍZ ARNAÍZ, *cf.*, F. DE CARRERAS, «Función y alcance...», *loc. cit.*, pág. 327. Añadimos que a tenor del FJ 5: «... No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución».

(9) El valor interpretativo que la CE otorga a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los textos internacionales es puesta de relieve, por ejemplo, en la STC 36/1991: «en la práctica este contenido —se refiere al de los Tratados— se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del Título I de nuestra Constitución», insistiendo en que son un «límite infranqueable a la libertad de configuración normativa del legislador», STC 113/1992. Recientemente la STC 91/2000, de 30 de marzo, dispone en el FJ 7.º que: «Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por

eso desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo), y muy singularmente el CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del TEDH, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio, que en principio, han de reconocer como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984 de 14 de marzo, 114/1984 de 29 de noviembre, 245/1991 de 16 de diciembre, 85/1994 de 14 de marzo y 49/1999 de 5 de abril)».

(10) Sin afán exhaustivo los principales textos internacionales de Derechos Humanos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP); el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), *BOE* de 30 de abril de 1977; Protocolo Facultativo Primero al PIDCP, *BOE* de 5 de abril de 1985; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, *BOE* de 17 de mayo de 1969; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, *BOE* de 89 de noviembre de 1987; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), *BOE* de 10 de octubre de 1979 y sus correspondientes Protocolos; la Carta Social Europea de 1961, *BOE* de 26 de junio de 1980; el Convenio Europeo para la prevención de la tortura o tratos inhumanos o degradantes de 1987, *BOE* de 5 de julio de 1985. Asimismo cabe destacar, aunque todavía no se encuentran en vigor, la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias de 18 de diciembre de 1990 y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE a la que se hace mención a continuación.

(11) *Vid.*, sobre la protección de los derechos humanos en la UE, A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la UE*, 2.ª ed., Barcelona, 2000, esp. págs. 21-78; N. FERNÁNDEZ SOLÁ, «Reflexiones sobre los derechos humanos en la UE tras el TA», *Noticias de la UE*, n.º 185, 2000; F. SUDRE, «La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'Homme?», *JPC*, n.º 1-2, 1998, págs. 9-16. Es especialmente interesante, el análisis de J. LÓPEZ LÓPEZ, «Los principios del Derecho social comunitario en su proyección sobre el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social», en *Cuadernos de Derecho judicial*, *loc. cit.*, págs. 17-70, esp. págs. 24-32.

(12) R. ALONSO GARCÍA, «La carta de los derechos fundamentales de la UE», *GJ*, n.º 209, septiem-bre-octubre de 2000, págs. 3-17, esp. pág. 4.

(13) Como ha sido puesto de relieve, el ordenamiento jurídico comunitario carece de un catálogo escrito de derechos fundamentales, si bien con el paso del tiempo, el TJCE ha tenido que ir enfrentándose a cuestiones que inciden en derechos conectados con la propiedad o la tutela judicial efectiva y a partir de los años noventa problemas relacionados, por ejemplo, con el derecho a la vida del *nasciturus*, respetando la regulación constitucional irlandesa y limitando la libre prestación de servicios en ese Estado miembro; también la compatibilidad del respeto a la vida privada con la realización de pruebas del SIDA sin consentimiento del afectado, o la compatibilidad de un despido laboral de un transexual con la no-discriminación por razón de sexo. Las fuentes de inspiración, en especial el CEDH, provocaron que se planteara la posible adhesión formal de la UE al CEDH si bien no se han efectuado las reformas necesarias en el TA que permitan tal adhesión, *cf.*, R. ALONSO GARCÍA, «La carta de los derechos fundamentales...», *loc. cit.*, pág. 5. *Vid.*, igualmente, N. FERNÁNDEZ SOLÁ, «À quelle nécessité juridique répond la négociation d'une Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 442, octubre-noviembre de 2000, págs. 595-600.

(14) En el Consejo Europeo de Colonia se decide elaborar una Carta de derechos fundamentales de la

UE. En las conclusiones se recoge la necesidad de poner de manifiesto «ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Según dicho Consejo la Carta debería incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales (CEDH y principios generales del Derecho comunitario), los derechos básicos que corresponden a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales, de igual forma que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión. En el Consejo Europeo de Tampere se decidió la composición definitiva y el método de trabajo del órgano encargado de redactar la Carta, denominado Convención en el que participan delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno, del Presidente de la Comisión Europea, y miembros del Parlamento Europeo y parlamentos nacionales.

(15) *DOCE C364* de 18-12-2000. Además del texto es especialmente relevante el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el asunto «Por una Carta de Derechos Fundamentales de la UE» aprobado por el Pleno de los días 20 y 21 de septiembre de 2000, *DOCE C367*, 20-12-2000.

(16) El apartado 2 del artículo 45 que recoge la libertad de circulación y residencia prevé la posibilidad de ampliación de este derecho de los ciudadanos de la UE a los nacionales de terceros Estados residentes de forma permanente en el territorio de algún Estado miembro. En este sentido nos remitimos a lo señalado en la propuesta de directiva sobre la creación de un estatuto de extranjero residente a la que se ha aludido páginas atrás.

(17) En este sentido la postura de las distintas Instituciones de la UE fue unánime a favor de la inserción de la Carta en los Tratados. A este respecto, el Parlamento Europeo en dos Resoluciones adoptadas el 16 de marzo (*Resolución A5-0064/2000 del Parlamento Europeo sobre la Elaboración de una Carta de los derechos fundamentales de la UE*, publicada en el Acta del Pleno de 16 de marzo de 2000), y el 2 de octubre de 2000 (*Resolución B5-767/2000 del Parlamento Europeo sobre la Elaboración de una Carta de los derechos fundamentales de la UE*, publicada en el Acta del Pleno de 3 de octubre de 2000); el Comité Económico y Social en la Resolución adoptada el 20 de septiembre de 2000 (*Resolución CES 1005/2000*); y el Comité de las Regiones en su Resolución de la misma fecha (*CdR 140/2000*). La Comisión considera que «el destino de la Carta, por razón de su contenido, su rigurosa formulación jurídica y su considerable valor político y simbólico, es incorporarse tarde o temprano a los Tratados», por ello continúa señalando que «es preferible por razones de visibilidad y de seguridad jurídica que la Carta resulte vinculante por sí misma y no a través de su interpretación jurisprudencial. En la práctica, la cuestión pertinente es la del momento y de las modalidades de su incorporación a los Tratados», *cf. Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de la Carta de los derechos fundamentales de la UE*, de 11 de octubre de 2000, COM (2000) 644 final, pág. 7.

(18) El Dictamen del CES citado anteriormente es claro al respecto y considera que «sólo puede darse vida a una Carta de derechos fundamentales si se formula de manera clara y existen procedimientos para ponerla en práctica. A juicio del Comité, la Carta de Derechos Fundamentales debería integrarse, tanto por razones jurídicas como políticas, en el TUE en las condiciones siguientes: de acuerdo con el mandato de Colonia, la Carta no debería modificar las competencias comunitarias; debe observarse la distinción entre, por un lado, derechos directamente aplicables y derechos individuales reclamados, y por otro, derechos programáticos, de forma que se mantenga la naturaleza jurídica de las actuales competencias; en consecuencia, debe señalarse claramente qué determinados principios requerirán que se adopten medidas de aplicación», *cf. el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el asunto «Por una Carta de Derechos Fundamentales de la UE» aprobado por el Pleno de los días 20 y 21 de septiembre de 2000, DOCE C367, 20-12-2000, pág. 28.*

(19) *Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de la Carta de los derechos fundamentales de la UE*, de 11 de octubre de 2000, COM (2000) 644 final, pág. 6.

(20) *Ibidem* págs. 5-6.

(21) Cf., J. M.^a ESPINAR VICENTE, «El principio de igualdad y su incidencia en el DIPr. La sociedad multicultural y el Derecho a la luz de los artículos 13.1 y 14 de nuestro texto constitucional», en *El principio de igualdad*, ed. por L. GARCÍA SAN MIGUEL, Madrid, 2000, págs. 121-139, esp. págs. 128-129; *Id.*, *Teoría General del DIPr.*, Madrid, 2001, págs. 82-91.

(22) El recurso de inconstitucionalidad planteado por un grupo de diputados de conformidad con los artículos 161.1 a) y 162.1 a) señala que la exigencia de autorización de estancia o residencia en España para el ejercicio de determinados derechos (reunión, manifestación, asociación, tutela judicial efectiva y sindicación) supone una vulneración de los mandatos de la CE: «Esto es así porque la fórmula que nos plantea el legislador para limitar el ejercicio de derechos es diabólica. Admitiendo que el goce de un derecho y su ejercicio se corresponden con dos esferas diversas —el primero a la capacidad que posee el sujeto para ostentar la titularidad del derecho, y el segundo, a la capacidad de hacer efectivo en la realidad ese derecho concreto—. En efecto, puede reconocerse a un extranjero el goce de un derecho y, sin embargo quedar limitado su ejercicio a lo que prevean los tratados y la ley. Y así, el goce de las libertades y derechos suele reconocerse de forma amplia, como una esfera mayor dentro de la cual vendría incluido el ámbito del ejercicio de los mismos que puede estar sujeto a limitaciones o al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que destaca como más frecuente la acreditación de la permanencia legal en territorio español. Ahora bien, así las cosas, podría correrse el riesgo de que una ley “modulara” el ejercicio del derecho sin respetar su propio contenido esencial. Para evitarlo, actuarían a modo de barrera los tratados internacionales, así como el artículo 10.2 en su remisión a la DUDH y al resto de acuerdos y convenios internacionales suscritos por España», cf., *Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 50 diputados contra la LO 8/2000 de 22 de diciembre de reforma LO 4/2000 de 11 de enero y su integración social, y en concreto su artículo Primero apartados 5, 6, 9 y 16 en Madrid, 23 de marzo de 2001.*

(23) Esta interpretación es la sustentada por J. M.^a ESPINAR VICENTE y para desarrollar su argumentación efectúa un esquema del Título I de la CE en el que distingue cuatro grandes apartados. En primer término, se encuentran las normas para la interpretación y aplicación del Sistema integradas por los artículos 10.2 o el mandato interpretativo al que hemos aludido en páginas precedentes y el artículo 14 que proclama la igualdad ante la ley. En segundo término, se encuentran las normas destinadas a la definición del ámbito de aplicación personal del Título I, los españoles, los mayores de 18 años y los extranjeros. En tercer término, se encuentran las normas destinadas a establecer los distintos sistemas de protección de los derechos y libertades fundamentales, son los artículos 53, 54, 81 y 168, sólo los derechos comprendidos en los artículos 15 a 29 son susceptibles de mayor protección, desarrollándose a través de una LO. Por último, se encuentran las normas destinadas a definir el espacio de libertad y a consagrar los derechos y deberes fundamentales, son los artículos 15 al 52 y que en relación con el artículo 53 pueden ser disecionadas en tres categorías: las libertades que el legislador expresa en términos de derechos fundamentales, la segunda categoría se encontraría integrada por los principios fundamentales, artículos 30 a 38, y se caracteriza por carecer de los mecanismos de exigibilidad directa propia del primer grupo, y finalmente, otras libertades que la CE reconoce en términos de principios rectores de la política social y económica, *ibidem*, págs. 129-134.

(24) Según señala el TC, «A tenor del artículo 13 de la CE, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades —el término libertades públicas no tiene obviamente un significado restrictivo— reconocidos en el Título I de la CE se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y contenido previsto en tales normas, de modo que «la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o

de la Ley», STC 107/1984, FJ 3.º.

(25) Partiendo de la distinción entre igualdad ante la ley que es un derecho absoluto la igualdad en la ley admite variaciones. Pero es que el derecho de los ciudadanos a ser iguales en la ley no es sinónimo de recibir de ella el mismo trato, pues la igualdad obliga a tratar de modo igual lo que es igual pero permite (y en ciertos casos incluso obliga) a tratar de modo diferente lo que es diferente. En definitiva obliga al legislador a no diferenciar en ella situaciones que son sustancialmente iguales y a establecer una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que a ellas han de anudarse, *cf.*, F. RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la aplicación de la ley» en *El principio de igualdad*, ed. por L. García San Miguel, Madrid, 2000, págs. 47-58, esp. pág. 48.

(26) Con carácter general se sostiene que «tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como un límite para el legislador, que ha de respetar el contenido esencial de los mismos, en cuanto que las leyes sólo valen en el ámbito de la Constitución y de los derechos fundamentales. La moderna teoría de los derechos fundamentales destaca que los mismos también imponen obligaciones o deberes positivos para el legislador. Como ha afirmado el TC, los derechos fundamentales, como componentes estructurales básicos de todos los sectores del ordenamiento, no sólo imponen a los poderes del Estado la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los “impulsos” y las “líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia “allí donde un derecho o valor constitucional quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa” (STC 53/1985)», *cf.*, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *RRL*, 1996-I, págs. 107-116, pág. 111.

(27) *Cf.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, «El principio de igualdad y su incidencia en el DIPr. La sociedad multicultural...», *loc. cit.*, págs. 137-138; *Vid.*, igualmente, las consideraciones generales sobre la igualdad en la CE a partir de la distinción entre igualdad ante la ley y la igualdad sustancial. El primero de los bloques a su vez se encuentra dividido en varios apartados que se refieren a la igualdad en y ante la ley, A. RUIZ MIGUEL, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El principio de igualdad, loc. cit.*, págs. 155-199.

(28) *Vid.* al respecto la STC 104/1984 y partiendo de esa distinción, P. CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos...», *loc. cit.*, págs. 67-73; C. PICÓ LORENZO, «Derechos fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo del extranjero como derecho de configuración legal», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, págs. 15-71, esp. págs. 26-62.

(29) La jurisprudencia del TC en materia de extranjería se integra por las siguientes ST y Autos: STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, sobre la necesidad del preceptivo permiso de residencia para el contrato de trabajo; STC 99/1985, de 30 de septiembre, sobre la aplicación del artículo 24 CE, la tutela judicial efectiva a los extranjeros; la STC de 7 de julio que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo sobre determinados artículos de la LEx. 1/1985; la STC 71/1988, de 19 de abril, sobre defensa e intérprete en todo el proceso; la STC 221/1988, de 4 de noviembre, sobre el derecho de un odontólogo argentino con el título convalidado a colegiarse en España; la STC 144/1990, de 26 de septiembre, falta de motivación del juez en la decisión de internamiento y que si bien en el procedimiento de expulsión la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma; la STC 112/1991, de 20 de mayo, sobre participación de los extranjeros en las elecciones municipales antes de la reforma de la CE y la introducción del inciso «y pasivo»; STC 120/1991,

de 3 de junio, sobre la exigencia del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de previo permiso de trabajo para la colegiación; STC 188/1991, de 3 de octubre, derecho a la asistencia de intérprete sustituido por un magistrado; STC 94/1993, de 22 de marzo, sobre expulsión ignorando la renovación del permiso de trabajo; STC 116/1993, de 29 de marzo, sobre el artículo 29.1 del Decreto 522/1974 que dispone que podrá acordarse la expulsión, entre otras cosas, cuando por las actividades que desarrollen los extranjeros así resulte procedente, no-procedencia de la expulsión de un extranjero efectuada de conformidad con este precepto ya que vulnera el artículo 25 de la CE; STC 12/1994, de 17 de enero, sobre la denegación de la solicitud de *habeas corpus* en un procedimiento de asilo; STC 150/1994, de 23 de mayo, sobre igualdad en el derecho al trabajo de marroquí en Ceuta provisto de una «tarjeta de estadística», señala el TC que no es aceptable que los Tribunales de Justicia al conocer de procesos en los que se dilucidan derechos constitucionales de las personas, ya sean españolas o extranjeras, hayan prescindido de las disposiciones válidamente adoptadas por las autoridades administrativas competentes en materia de extranjería, cuando, precisamente, el litigio laboral se centraba en si la trabajadora había cumplido o no los requisitos de documentación exigidos por dichas autoridades administrativas, no siendo admisible que unos mismos hechos existan y dejen de existir para distintos órganos del Estado; STC 181/1994, de 20 de junio, derecho de defensa concretado en la ausencia de intérprete cuando el acusado conoce el idioma, derecho a la última palabra; STC 242/1994, de 20 de julio, sobre la audiencia previa a la expulsión de extranjero condenado por sentencia firme; STC 96/1995, 19 de junio, sobre falta de motivación en la resolución de internamiento; STC 130/1995, de 11 de septiembre, sobre igualdad y protección por desempleo de ciudadano marroquí sin discriminación alguna respecto a los trabajadores nacionales en el mismo sector de actividad por aplicación del Reglamento 2211/1978 del Consejo de la CEE y el Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979; STC 21/1996, de 12 de febrero, sobre la inadmisión de solicitud de *habeas corpus* y vulneración de la tutela judicial efectiva; STC 66/1996, de 16 de abril, sobre el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad personal y seguridad, procedimiento de *habeas corpus*; STC 86/1996, de 21 de mayo, sobre inadmisión del *habeas corpus* sin motivación alguna; STC 182/1996, de 12 de noviembre, sobre falta de motivación de la resolución de internamiento; STC 203/1997 de 25 de noviembre, denegación de expulsión sustitutiva de la pena, falta de motivación; STC 5/1998, de 12 de enero, denegación de la libertad solicitada se apoya en la subsistencia de la solicitud de extradición y es patente que la solicitud de libertad del recurrente se extiende a la de que se detenga el procedimiento extraditorio o se concluya en sentido negativo; STC 174/1999, de 27 de septiembre, sobre la devolución de un extranjero que infringió la prohibición de entrada en España impuesta por una expulsión anterior, detención en el aeropuerto, control jurisdiccional, *habeas corpus*; STC 24/2000, de 31 de enero, sobre libertad de circulación sometida al cumplimiento de ciertos requisitos; STC 95/2000, de 10 de abril, sobre concesión del beneficio de asistencia sanitaria a ciudadana rumana que convivía con el recurrente, vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva; STC 13/2001, de 29 de enero, no-discriminación por razón de raza en la solicitud de identificación. Los Autos son, entre otros: ATC 182/1985 expulsión de extranjero y ámbito protegido por el artículo 19 de la CE; ATC 130/1985 sobre reconocimiento de títulos académicos y recurso de amparo; ATC 127/1986 sobre custodia de hijos y libertad de residencia; ATC 435/1990 sobre igualdad en despido de extranjeros; ATC 2/1992 sobre expulsión y tutela judicial efectiva; ATC 55/1996, de 6 de marzo, sobre inadmisión del *habeas corpus*, la libertad personal no conlleva el derecho a entrar en España; ATC 316/1996, de 29 de octubre, sobre inadmisión del *habeas corpus* respecto a las privaciones de libertad acordadas por las autoridades judiciales; ATC 33/1997, de 10 de febrero, sobre un delito de tráfico de drogas y la solicitud del extranjero de sustitución de la pena de prisión menor por la de expulsión del territorio nacional; ATC 94/1997, de 7 de abril, trabajador marroquí que perdió el puesto de trabajo al serle denegada la renovación del permiso alega la vulneración de los artículos 24 de la CE; ATC 106/1997, de 17 de abril, derecho a una resolución fundada en derecho,

finalidades de la pena: reeducación; ATC 277/1997 libertad personal y seguridad en relación con la prisión provisional a efectos de expulsión.

(30) La doctrina del TC respecto a los derechos y libertades de los extranjeros en España ha experimentado una evolución ascendente en materia de extranjería. Se pueden distinguir tres fases principales en este proceso: una primera que inaugura la doctrina constitucional en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España que es la STC 107/1984, de 23 de noviembre, a la que hemos hecho alusión y que incide en la regulación de extranjería establecida en la LO 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, *BOE* de 3 de julio de 1985. Una segunda fase se abre con la STC 115/1987, de 7 de julio, *BOE* núm. 180 de 29 de julio de 1987, en la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la LO de 1985 que modula la doctrina anterior en cuanto limita la libertad del legislador para configurar los derechos de los extranjeros. Dicha ST anula las limitaciones al derecho de reunión y asociación, anula también la prohibición de que los jueces suspendieran todas las resoluciones administrativas sobre extranjería y mantiene que la suspensión ha de ser ponderada por los órganos jurisdiccionales en atención al caso concreto. También reinterpreta el internamiento preventivo de extranjeros en los supuestos de expulsión señalando que es una decisión del juez, en función de cada caso concreto, previa audiencia del interesado, con derecho de defensa, mediante resolución motivada y con derecho a recurrir. En una tercera fase iniciada con la STC 94/93 se examina una expulsión claramente arbitraria porque la extranjera en cuestión tenía los permisos preceptivos recién expirados y no se tomó en cuenta que efectivamente había solicitado la renovación la cual fue concedida días después. Dicha orden de expulsión es considerada como ilegal y que vulnera el derecho a la libre circulación y residencia del artículo 19 de la CE que es de aplicación a los extranjeros.

(31) El TC en la Sentencia 107/1984 señala que «Una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, [...] o de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10 de nuestra Constitución constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles», FJ-3. Existe en consecuencia un grupo de derechos en los que ni la ley ni el tratado internacional pueden establecer distinciones en función de la nacionalidad. Ahora bien el TC no delimita claramente cuáles son estos derechos sino que los enuncia simplemente.

(32) La STC 115/1987 señala en el FJ3 a propósito de la constitucionalidad o no del Derecho de asociación recogido en la LO 1/1985 en relación con el artículo 22.4 de la CE. El TC plantea el problema en los siguientes términos: «El problema así planteado es el de si el artículo 13. 1 de la CE habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la CE. El artículo 13.1 reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido en la Constitución directamente a los extranjeros, a los que les es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender dicha autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales».

(33) En relación con este grupo se excluye a los extranjeros de los siguientes derechos: igualdad ante la ley, entrada y salida de España, libertad de circulación y residencia, sufragio activo y pasivo, acceso a

funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, el derecho de petición, el derecho y el deber de defender a España, el deber de trabajar y el derecho al trabajo y el disfrute de una vivienda digna y adecuada. Como se ha señalado, en estos supuestos, al no encontrarse configurados como derechos cuya titularidad alcance a los extranjeros, las situaciones jurídicas de los extranjeros aparecen como bienes jurídicos a proteger, es decir, como intereses sociales dignos de protección jurídica, cuya juridificación puede adoptar diversas manifestaciones, salvo la de derechos fundamentales. Por ello, continúa señalando el mismo autor, las situaciones jurídicas de los extranjeros aparecen, a su vez, como bienes jurídicos disponibles en el marco de las distintas políticas públicas (políticas migratorias, políticas de empleo, etc.) a emprender por los poderes públicos en el marco de sus respectivas competencias, *cf.*, M.^a T. FREIXES SANJUÁN, «Los derechos humanos del extranjero», *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1996, págs. 125-198, esp. pág. 131.

(34) *Vid.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, *op. cit.*, págs. 83-85.

(35) Recientemente el TC, en la S 13/2001, de 29 de enero, ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto sobre una posible discriminación racial al serle solicitada a una mujer de raza negra la documentación acreditativa de su personalidad. Los hechos sobre los que se funda la demanda de amparo se refieren a la solicitud en una estación de ferrocarril de Valladolid de la documentación basada en la raza negra de la demandante, puesto que iba acompañada por su marido y su hijo de raza blanca a quienes no se les requirió con este fin. La normativa aplicable (los hechos ocurren el día 6 de diciembre de 1992) era la anterior ordenación de la ley de extranjería de la LO 1/1985 y la petición de la documentación se basaba en que la raza negra de la demandante era un indicio de que se trataba de una extranjera y en consecuencia se estaba estableciendo un control acerca de su situación (legal o ilegal) en España (según el art. 72.1 del Reglamento de extranjería 1119/1986, de 26 de mayo). El TC en su fallo desestima el recurso por no apreciar indicios de discriminación por razón de raza en los hechos que sirven de base al recurso de amparo, puesto que el reproducido artículo 11 de la LO de protección de la seguridad ciudadana lo reconoce (FJ 7.º), «Pudiendo ser requerida su identificación a tenor del artículo 20.1 de dicha norma. Pues bien, es en el marco del ejercicio de esta potestad amparada legalmente cuando no se desvía de la finalidad para la que se otorgó, en la que ha de indagarse si se produjo una discriminación encubierta por motivos raciales. A tal efecto forzoso es reconocer que cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellas como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne». La obligación de identificación es, por tanto, una exigencia derivada tanto de la LEx como del artículo 20.1 de la LO de seguridad ciudadana y ésta última afecta a todos los ciudadanos, con lo cual, cualquier persona que se halle en territorio español es susceptible de ser requerido por las autoridades competentes para su identificación. *Vid.* al respecto la postura discrepante por considerar los hechos discriminatorios en el voto particular que formula el Magistrado D. J. D. González Campos.

(36) *Vid.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, Madrid, 2001, pág. 83. Sobre el régimen de extranjería *vid.*, F. SALINAS MOLINA, «El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica» y P. CACHÓN VILLAR, «Los extranjeros: Derechos constitucionales», ambos en *Cuadernos de Derecho Judicial*, *loc. cit.*, págs. 71-136 y págs. 137-206, respectivamente.

(37) La catalogación como principio programático va más allá desde el momento en el que dicha calificación implica que se trata de más de un principio que de un auténtico derecho, que quizá hubiera encontrado más razonable ubicación entre los que la CE denomina como principios rectores de la política social y económica en el Capítulo III, de igual forma que los poderes públicos tienen la obligación de promover una política orientada al pleno empleo, la formación y readaptación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados artículo 40 de la CE. *Vid.*, J. M. GALIANA MORENO, «Derecho al trabajo», *EJB*, págs.

2189-2190.

(38) Por esta razón el pronunciamiento constitucional por la vía del recurso de amparo responde en la ST 107/1984 FJ 3.º «... lo que interesa es determinar si, desde el punto de vista constitucional, los ciudadanos extranjeros —y en concreto

los hispanoamericanos— deben ser tratados igual que los españoles en relación con la contratación laboral. Conectado con ello es como debe entenderse la invocación por el demandante de los artículos 13 y 35 de la CE que en sí mismos considerados no pueden, obviamente, fundamentar un recurso de amparo».

(39) La Ley es el Estatuto de los Trabajadores, RD 1/1995, de 24 de marzo, BOE de 29 de marzo de 1995, cuyo artículo 4 reconoce como derechos laborales: a) trabajo y libre elección de profesión u oficio; b) libre sindicación; c) negociación colectiva; d) adopción de medidas de conflicto colectivo; e) huelga; f) reunión; g) participación en la empresa.

(40) La expresión contenido esencial del artículo 53 de la CE hay que deslindarla de otra cuestión que afecta o puede afectar a los derechos fundamentales y es la relativa a su eventual restricción. Así, aunque estén relacionadas y a veces son de difícil separación no son idénticas: la primera, no pueden ser alterados porque sino se desnaturalizarían quedando sin contenido alguno y la segunda, la posibilidad del legislador de restringir los derechos y libertades sin afectar a su contenido esencial porque en ningún caso los convierte en derechos distintos, sino que son limitaciones anteriores al propio derecho, que responden a criterios directamente relacionados con ellos pero que no afectan a su naturaleza o sustancia. Cosa distinta es que esa limitación haga impracticable de tal manera el derecho que su regulación deba ser declarada contraria a la CE pero no por desfigurar el derecho en sí sino por afectar a otros como el de la igualdad. La limitación a los extranjeros en el derecho a la libre sindicación no afecta al derecho en sí mismo considerado porque no lo desnaturaliza, sino que afecta al derecho desde el momento en el que su no-reconocimiento a los extranjeros ilegales puede producir una situación de desigualdad que les produce su privación producida por una situación anterior al reconocimiento de su ejercicio.

(41) Desde la perspectiva derecho-deber del trabajo y según se ha señalado la dicción del artículo 35 debe ser entendida desde una doble perspectiva: en primer lugar exige de los poderes públicos una acción encaminada a crear unas condiciones de empleo que permitan a los destinatarios de la norma cumplir con el deber que en ella se establece. Por otro lado, se consagra un derecho subjetivo a acceder al mercado laboral y establece las condiciones objetivas en las que se enmarca su ejercicio: remuneración suficiente, libertad para elegir la profesión u oficio, igualdad y posibilidades de promoción, *cf.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería, op. cit.*, págs. 20-21.

(42) Y reiterada en la STC 150/1994, de 23 de mayo, cuando ya estaba en vigor la ley de extranjería (pues no hay que olvidar que la STC de 1984 es anterior a la primera LO), en la que sí se estimó el recurso de amparo porque la solicitante poseía una autorización administrativa para trabajar, aunque se tratase de una tarjeta de estadística que equivalía a un permiso de trabajo según una disposición especial que en materia de extranjería se había dictado en relación con Ceuta y Melilla. La mencionada ST reitera los argumentos de la dictada en 1984 en relación con la desigualdad en el acceso al mercado laboral entre españoles y extranjeros, si bien en este caso al concurrir el requisito de la autorización por parte de la recurrente estima el recurso de amparo.

(43) En este sentido se mantiene que la desigualdad entre españoles y extranjeros en lo relativo a la exigencia de una autorización administrativa previa no atenta contra el principio de no-discriminación en el ámbito del derecho al trabajo, *vid.*, J. M. GALIANA MORENO, «Derecho a la no-discriminación», *EJB*, págs. 2158-2161.

(44) *Cf.* M. RAMOS QUINTANA, «Derechos de los trabajadores extranjeros», *REDT*, n.º 86, 1997, págs. 861-903, esp. pág. 895; *id.*, «Trabajadores extranjeros e integración social», *Temas Laborales*, n.º 54/2000, págs. 3-56. Sobre los derechos de los trabajadores extranjeros *vid.*, L. ASENJO PINILLA, «Trabajadores

extranjeros no comunitarios: Derechos laborales y sindicales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º IX, *loc. cit.*, págs. 207-302.

(45) *Vid.* al respecto el análisis que se realiza sobre el artículo 13 de la CE de forma aislada, combinado con el artículo 10.2 del mismo cuerpo legal, y ambos artículos junto con el artículo 14 y el artículo 19, J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos...*, *op. cit.*, págs. 199-206.

(46) La STC 11/1981, de 8 de abril, señala que: «Corresponde por ello, al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no se pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53 [...] Desde el punto de vista jurídico lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial del derecho». En igual sentido la STC 196/1987, de 11 de diciembre, señala que: «Según doctrina [...], la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, y por tanto también de los derechos fundamentales de las personas, viene marcada en cada caso por el conjunto de las “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales” lo cual expresan las citadas sentencias, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con el anterior. Como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”».

(47) Un estudio en este sentido es el que proporciona J. CARDONA TORRES, *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Barcelona, 1985, págs. 51 y ss.

(48) El voto particular a la ST 115/1987 señala que: «No cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado a regular las libertades públicas de los extranjeros, pero estos límites no derivan de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles sino de los Tratados internacionales, bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien sea porque éstos obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen. Estos límites que nacen del texto de los artículos 10.2 y 13 de la CE...».

(49) Firmado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, *BOE* de 18 de junio de 1983.

(50) Dicho Convenio sobre trabajadores migrantes es de 1 de julio de 1949, en cuyo anexo II señala que: «antes de autorizar la introducción de trabajadores migrantes, la autoridad competente del territorio de inmigración se deberá cerciorar de que no existe en este territorio un número suficiente de trabajadores disponibles, capaces de realizar el trabajo en cuestión», ratificado por España el 23 de febrero de 1967 y en vigor a partir del 21 de marzo de 1968, *BOE* de 7 de junio de 1967. Otro Convenio de la OIT ratificado por España el 26 de octubre de 1967 es el n.º 111 de 25 de junio de 1968 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, *BOE* de 4 de diciembre de 1968. Existe otro Convenio de la OIT el n.º 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes que va mucho más allá que el n.º 97 en la concepción de la igualdad con los trabajadores extranjeros en las dos vertientes del derecho al trabajo. España no lo ha ratificado aún, y como se ha puesto de relieve, su entrada en vigor: «supondría una alteración del principio de prioridad del mercado nacional de trabajo, tal y como se ha venido planteando ex artículo 35 CE y del modo que ha sido acogido por el TC», *cf.*, M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, *op. cit.*, pág. 163.

(51) En las que como es sabido existe igualdad plena en lo que se refiere al acceso al mercado laboral entre españoles y comunitarios o asimilados (EEE) como consecuencia de la libre circulación de personas con dos tipos de excepciones: de carácter objetivo y subjetivo. La primera, en el caso de actividades laborales por cuenta ajena de los empleos en la Administración Pública (si bien determinados sectores se hallan liberalizados) y por cuenta propia el límite de actividades que impliquen participación del poder público. También es posible limitar con carácter subjetivo la libre circulación por motivos de orden, seguridad y salud públicas. *Vid.*, J. RENTERO JOVER, «Trabajadores comunitarios: Derechos laborales y sindicales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, *loc. cit.*, págs. 283-346.

(52) Se trata de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, DO L180, de 19 de julio de 2000. Existe otra Directiva 2000/78/CE del Consejo DO 1303/16, de 2 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ésta la prohibición de discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual no son admitidos y se extienden a los nacionales de terceros Estados. Ahora bien, no es de aplicación a la diferencia de trato por razón de la nacionalidad.

(53) STC 107/1984, FJ 4.º

a0 (54) *Vid. la Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo con motivo de la solicitud de un Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, pág. 18. Todo ello ha de ser entendido sin perjuicio de la existencia del principio de preferencia del mercado nacional de trabajo al que se aludirá posteriormente que implica la preferencia en la contratación de trabajadores españoles que condicionará la obtención de la autorización administrativa para trabajar de los extranjeros siempre y cuando no existan demandantes de empleo nacionales.

(55) *Vid.*, J. RENTERO JOVER, «La protección social de los trabajadores extranjeros», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, *loc. cit.*, págs. 347-374.

(56) *Cf.*, J. M.ª ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la Ley de extranjería*, *op. cit.*, pág. 22.

(57) Con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva reglamentación en materia de extranjería la LO de 1985 no recogía el derecho al trabajo de los extranjeros en España. El artículo 10 de dicha Ley sólo se refería a la libertad de sindicación y el derecho de huelga para los trabajadores residentes en territorio español. En 1996 con ocasión de la modificación del Reglamento de ejecución de la ley se recoge de nuevo en el artículo 6 el derecho de sindicación y huelga: «Los trabajadores extranjeros tienen el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección, así como el ejercicio del derecho de huelga, en las mismas condiciones de los trabajadores españoles, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la CE». La LEx. 4/2000 recoge por vez primera el derecho al trabajo con la siguiente redacción; «Los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso a la Seguridad Social, en los términos previstos en esta LO y en las disposiciones que la desarrollan».

(58) El antiguo artículo 3 de la LEx. 4/2000 era más beneficioso con los extranjeros al consagrar la igualdad entre españoles y extranjeros en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en el Título I de la CE y en la interpretación de las normas. Así, el primer apartado dispone que: «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo en los términos establecidos en esta LO».

(59) Si bien esta afirmación ha sido puesta en entredicho por la doctrina que considera que el TC debería revisar su posición y desdibujar la desigualdad resultante entre españoles y extranjeros en lo relativo al acceso al mercado laboral, R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, Madrid, 1996, págs. 121-122 *cit.* Por M. RAMOS QUINTANA, «Derechos de los trabajadores extranjeros», *loc. cit.*, pág. 896; *Vid.*, en igual sentido acerca de la ampliación de la igualdad sobre la base del PIDESC, E. GARCÍA COSO,

en J. M. CAMPO CABAL (Coord.), *Comentarios a la LEx.*, Madrid, 2001, pág. 100. Una postura lógica al respecto es la sustentada por F. PEDRAJAS PÉREZ, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la LEx.*, Granada 2001, pág. 165, a cuyo tenor si bien el acceso al empleo de los extranjeros en condiciones de igualdad con los españoles no es exigible desde el punto de vista de los textos internacionales ni desde el punto de vista constitucional nada impide al legislador español dar un tratamiento legal igualitario, que por otra parte es perfectamente compatible con la normativa aplicable. *Vid.*, igualmente, respecto al derecho al trabajo, M. DE LORENZO SEGRELLES, en C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, 2001, págs. 124-135; D. IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, «Derecho al trabajo y a la Seguridad Social» en P. SANTOLAYA MACHETTI, *Comentarios a la nueva LEx.*, Valladolid, 2000, págs. 83-90.

(60) Esta interpretación es la que ha estimado correcta el Consejo de Estado que señala: «El artículo 10 introduce tres importantes modificaciones. En primer lugar, restringe el derecho a una actividad profesional remunerada y a la correspondiente protección social a quienes estén previamente autorizados a trabajar, lo cual es una consecuencia lógica de la propia sistemática de la normativa actual (v. gr. arts. 14.1 y 33 de la L 4/2000) y de su permanente interpretación doctrinal y jurisprudencial, que no debe ser ocultada por una declaración inicial de la ley como ahora puede ocurrir con el vigente texto de la Ley 4/2000. La declaración del derecho al trabajo del artículo 35 de la CE cuya visión programática esclarece el artículo 40.1 CE sólo puede referirse a los españoles. Así se deduce de la literalidad del artículo 35 y de la imposibilidad lógica de entender la proclamación constitucional como una llamada al empleo universal y así lo ha entendido expresamente el TC (S 107/1984). En consecuencia, nada más lógico que la actualización del derecho al trabajo del extranjero se someta, en los términos establecidos en la Ley, a una previa autorización», *cf. Dictamen del Consejo de Estado n.º 2606/2000 relativo al anteproyecto de LO de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Madrid, 28 de julio de 2000, pág. 15.

(61) F. PEDRAJAS PÉREZ, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la LEx, op. cit.*, pág. 161.

(62) Sobre las dos vertientes que integran el derecho al trabajo se ha pronunciado el TJCE con ocasión de la determinación del alcance del Acuerdo de la CEE con Marruecos en su ST de 2 de marzo de 1999 a la que nos referimos en la parte final de este trabajo.

(63) *Vid.*, el desarrollo de esta crítica al artículo 10 de la LEx. en J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva LEx., op. cit.*, págs. 22-28.

(64) *Vid.*, sobre la recepción de la libertad de sindicación y huelga en la nueva LEx. los siguientes trabajos: J. M. DÍAZ MARTÍN, «Artículo 11», en *Comentarios a la LEx, loc. cit.*, págs. 119-125; J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva LEx., op. cit.*, págs. 28-32; L. MORENO BLESA, «Artículo 11», en *18 Comentarios a la Ley de Extranjería, loc. cit.*, págs. 103-110; S. OLARTE ENCABO, «Derechos colectivos de los trabajadores. Artículo 11», en *Comentario sistemático a la LEx., loc. cit.*, págs. 433-452; M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España, op. cit.*, págs. 121-123; D. IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva ley de extranjería, loc. cit.*, págs. 91-94.

(65) A diferencia de lo que ocurría con el derecho al trabajo, lo cierto es que la LO de 1985 reconocía a los extranjeros la libertad sindical y el derecho de huelga: «Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho a afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras». Por su parte el artículo 11 de la LO 4/2000 señalaba que «1. Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que los regulen. 2. De igual modo, se

reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga». La regulación de 1985 se refiere a los extranjeros que se encuentren de forma legal en territorio español mientras que en la L 4/2000 el requisito de legalidad es omitido de la configuración de ambas libertades, si bien la consideración de trabajador extranjero podría aludir no a su situación jurídica (con una autorización administrativa para trabajar) sino a una constatación fáctica que vendría avalada por el inciso «que se hallen en España». Esto significa que la reforma introducida por el artículo 11 opera en una doble dirección: de un lado, exigiendo para el ejercicio de la libertad de sindicación por los extranjeros la previa obtención de la autorización de estancia y para el ejercicio del derecho de huelga la previa autorización para trabajar, que han de ser conformes a las previsiones del Cáp. III del Tít. II de la LEx. En suma se trata de una vuelta a la regulación de 1985 que no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo y se presumió, en consecuencia, conforme con la CE.

(66) No hay que olvidar que dicha autorización para trabajar sólo se consigue si se cuenta con una autorización de residencia.

(67) La cual sirve de base al Consejo de Estado para dictaminar que: «Los artículos 7, 8 y 11 de proyecto restringen a los extranjeros que se encuentren legalmente en España los derechos de reunión, manifestación, asociación y huelga, y parece lógico que así sea, puesto que tales derechos positivos de libertad bajo la Ley no pueden corresponder ni ejercerse por quien se coloca al margen de la propia legalidad». Tal es el criterio que se desprende del artículo 11 de la CEDH, que ha de servir para interpretar el alcance de los correspondientes preceptos constitucionales españoles (art. 10.2 CE), *cf. Dictamen del Consejo de Estado n.º 2606/2000 relativo al anteproyecto de LO de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Madrid, 28 de julio de 2000, pág. 14. Ambiguo y sin entrar en detalles es el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LO de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Madrid, 26 de junio de 2000, págs. 25-26 a cuyo tenor: «Sobre la libertad de sindicación y de huelga debe destacarse que se reconoce en la CE a “todos” (art. 28) mientras el derecho de huelga se reconoce por una parte a todos los trabajadores. Con esta prefiguración constitucional se encuentra en consonancia el RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo que no establece merma alguna por razón de la nacionalidad, al igual que la LO de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto. En ésta, la libertad sindical de los ciudadanos extranjeros comprendería el derecho a fundar sindicatos, artículo 2.1.a). Pero se sostiene que ambos derechos están ligados a la condición de trabajador con residencia legal. Esta era la exigencia recogida en la LO 7/1985, artículo 10, si bien no fue planteada por el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad promovido, no pronunciándose al respecto el TC en su S. 115/1987. Lo mismo cabe sostener respecto de las libertades de reunión, manifestación y de asociación. En último término, no deja de producir preocupación el regreso al sistema de la L de 1985, privando a los extranjeros en situación irregular de los derechos de asociación, reunión, manifestación, libertad sindical y huelga, independientemente de que su regulación legal pueda incluir las restricciones que se consideren adecuadas a su ejercicio».

(68) Por su parte y aunque todavía no se encuentran en vigor, la CDFUE recoge la libertad sindical junto con la libertad de reunión y de asociación en el artículo 12 a cuyo tenor: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». La huelga se recoge en el artículo 28 bajo el título derecho de negociación y acción colectiva: «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflictos de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». El

artículo 12 de la Propuesta de directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración se refiere a la igualdad de trato y la letra h) recoge «la libertad de asociación y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas que tal tipo de organización pudiere procurar», pudiendo los Estados miembros en el apartado 2 del mismo artículo extender el disfrute de la igualdad de trato «a otros ámbitos distintos de los enumerados en el apartado anterior».

(69) Ratificados ambos por España el 13 de abril de 1977, *BOE* de 11 de mayo de 1977.

(70) Sobre la libertad sindical, *vid.*, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, «Libertad sindical», *EJB*, págs. 4062-4065. La huelga es la suspensión colectiva y concertada de la prestación de trabajo por parte de los trabajadores como medio de presión en el marco de un conflicto colectivo de trabajo, *id.*, «Huelga», *loc. cit.*, págs. 3353-3357.

(71) La STC 98/1985, de 29 de julio, *BOE* de 14 de agosto, ha confirmado en todos sus extremos el contenido de esta ley.

(72) Desde una perspectiva totalmente distinta y en relación con los sindicatos la inmigración y los inmigrantes se plantean algunas reflexiones como la relativa a que la integración no se realiza a través de la relación directa inmigrante-Estado sino a través de la mediación de organizaciones intermedias (sindicatos, organizaciones eclesiales y otras redes) que atrayendo al inmigrante a su campo le introducen en cuestiones más amplias que tienen que ver con la ciudadanía completa. Desde la perspectiva de los sindicatos, éstos se encuentran ante un dilema, ya que puede parecer lógico que se opongan a la inmigración, pero si existen ya inmigrantes en el país, es necesario organizarlos, no sólo en interés de ellos mismos sino en el de los demás trabajadores. Si los sindicatos se oponen a la inmigración provocan que los inmigrantes no confíen en ellos y no se adhieren, y por otro lado, los sindicatos no son lo suficientemente fuertes como para oponerse e impedir la inmigración y sus intentos sólo pueden provocar que los nuevos trabajadores se alejen de ellos. Como consecuencia la clase trabajadora se divide y los sindicatos se debilitan por ello, existe una contradicción en potencia entre la política de inmigración por una parte, y la política hacia los trabajadores inmigrantes cuando ya se encuentran en España por otra, *vid.*, L. CACHÓN RODRÍGUEZ, «Sindicatos e inmigración: caras nuevas para un viejo desafío», *Sociedad y Utopía*, n.º 16, noviembre de 2000, págs. 103-117.

(73) Dicha normativa sobre huelga debe ser interpretada de conformidad con la STC 11/1981, de 8 de abril, *BOE* de 25 de abril.

(74) El defensor del Pueblo es contundente al respecto: «En cuanto al derecho de sindicación y huelga vienen reconocidos en la CE en el artículo 28, y aunque el primero se reconoce a “todos” y el segundo a los “trabajadores”, cabe entender que ambos se dirigen al mismo colectivo, ya que el derecho de sindicación no es sino una concreción del derecho de asociación que basa su peculiaridad en el tipo de intereses que defiende, los laborales. Visto lo anterior no resulta inconstitucional que estos derechos vinculados al derecho al trabajo se condicionen en su ejercicio a la situación del extranjero como trabajador, que sólo adquiere en tanto que residente legal», *cf.*, *Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo con motivo de la solicitud de un Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, pág. 29.

(75) Con respecto al artículo 11 se ha propuesto una nueva regulación de los derechos de sindicación y huelga bajo la amenaza de que si no son corregidos serán objeto de pronunciamiento por parte del TC. La propuesta recogida en el punto siete es la siguiente: «Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen. 2. De igual modo se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga», *cf.* la Proposición de Ley 122/000113 Orgánica de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los

extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, *BOCG*, núm. 127-1, de 6 de abril de 2001. Es significativo que la fecha de la Proposición, el 23 de marzo de este año, coincida con la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, *vid. infra* la nota siguiente.

(76) Si bien compartimos la opinión acerca de que difícilmente un extranjero en situación irregular por mínima que ésta sea se atreverá a ejercitar el derecho a la huelga, si las condiciones no le llevan al límite de su aguante, *cf.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva LEx.*, *op. cit.*, pág. 31. Esta opinión es llevada a sus últimas consecuencias y ampliada al derecho a la sindicación y a la estancia

regular del extranjero en España por aplicación del artículo 36 de la LEx. en los siguientes términos: «La existencia de una relación laboral con plenos derechos laborales para el trabajador no depende de la estancia regular o irregular de ese trabajador o de que disponga o no de autorización de trabajo [...] Por lo tanto, con independencia de que un extranjero tenga autorización para trabajar o no, si existe una relación laboral, sus derechos como trabajador están salvaguardados. Ya no es válida la interpretación jurisprudencial que a partir del tenor literal de la LO 7/1985 hacía depender la propia relación de trabajo y los derechos que le son inherentes de la preexistencia de los requisitos de residencia legal y permiso de trabajo. De esta forma, la propia LO mantiene una contradicción en sí misma y en su articulado, porque, por una parte, el artículo 11 restringe el derecho de los extranjeros que carecen de autorización de estancia y residencia a sindicarse y, por otra, el artículo 36 reconoce a esos mismos trabajadores los derechos que se derivan de una relación laboral. El artículo 36 de la LEx. viene a recoger para todos los extranjeros que tengan una relación laboral, con independencia de si tienen o no una autorización de trabajo o de estancia o residencia, los derechos del artículo 28 de la CE, por lo que les resulta aplicable la definición que de su contenido establece el artículo 2.1 de la LO de Libertad Sindical: el derecho a la libertad sindical comprende los de afiliarse o no a un sindicato y a la actividad sindical. Lo mismo puede predicarse respecto del derecho de huelga, porque sería incongruente que la ley reconociera al trabajador los derechos que le son propios y que se derivan de la relación laboral, con independencia de la situación en que se encuentre, y sin embargo no se le reconociera el derecho al ejercicio de la huelga. Que se le debe reconocer en tanto en cuanto trabajador, en el sentido literal del sustantivo, y por lo tanto siempre que realice un trabajo, porque esa condición de trabajador es la que precisamente se trata de proteger a través del derecho tanto de huelga como de sindicación. Este derecho de huelga estaría sujeto a las mismas limitaciones y requisitos que existen para los trabajadores españoles», *cf. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 50 diputados contra la LO 8/2000 de 22 de diciembre de reforma LO 4/2000 de 11 de enero y su integración social, y en concreto su artículo Primero apartados 5, 6, 9 y 16 en Madrid, 23 de marzo de 2001*, págs. 45-46.

(77) *Vid.*, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Derechos y deberes laborales (en torno a los arts. 4 y 5)», *REDT*, marzo-agosto 2000, págs. 253-275, esp. pág. 254 y págs. 262-264.

(78) Existe otra teoría que argumenta la negación del derecho a fundar sindicatos por parte de los extranjeros. Según mantiene J. M.^a ESPINAR VICENTE, el derecho a la sindicación como término medio entre el derecho de asociación y el derecho de participación política implica la exclusión de los extranjeros de la fundación de sindicatos «ya que el reconocimiento de esta libertad supondría la institucionalización de un cauce para la participación colectiva de los no nacionales en los asuntos públicos», *cf. Comentarios a la nueva...*, *op. cit.*, pág. 31.

(79) *Vid.*, M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros...*, *op. cit.*, pág. 167.